

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LUCAS HENRIQUE MUNIZ DA CONCEIÇÃO

**CONSTITUCIONALISMO VIVO E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS: UMA  
PERSPECTIVA DA POLÍTICA DEMOCRÁTICA A PARTIR DO  
CONSTITUCIONALISMO BRITÂNICO**

CURITIBA

2016

LUCAS HENRIQUE MUNIZ DA CONCEIÇÃO

**CONSTITUCIONALISMO VIVO E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS: UMA  
PERSPECTIVA DA POLÍTICA DEMOCRÁTICA A PARTIR DO  
CONSTITUCIONALISMO BRITÂNICO**

Monografia apresentada como requisito parcial  
à obtenção do grau de Bacharel, no Curso de  
Graduação em Direito do Estado, da  
Faculdade de Direito do Setor de Ciências  
Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Profa. Dra. Vera Karam de  
Chueiri

Co-Orientadora: Profa. Dra. Estefânia Maria  
de Queiroz Barboza

CURITIBA

2016

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

LUCAS HENRIQUE MUNIZ DA CONCEIÇÃO

### **CONSTITUCIONALISMO VIVO E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS: UMA PERSPECTIVA DA POLÍTICA DEMOCRÁTICA A PARTIR DO CONSTITUCIONALISMO BRITÂNICO**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito, Setor Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dra. Vera Karam de Chueiri  
Departamento de Direito Público, UFPR

Co-Orientadora Prof. Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza  
Departamento de Direito Público, UFPR

Prof. Msc. José Arthur Castillo De Macedo  
Departamento de Direito Público, IFPR

Prof. Dr. William Soares Pugliese  
Departamento de Direito Público, UFPR

Curitiba, 30 de novembro de 2016.

À minha mãe, Maria Helena de  
Jesus Muniz Siebeneichler e à  
Universidade Federal do Paraná.

## **AGRADECIMENTOS**

O momento da conclusão de um curso de graduação demanda, sempre, muita dedicação, esforço, dificuldades e desafios. A elaboração da monografia se acumula às aulas obrigatórias, às exigências protocolares, aos projetos de vida que começam a se estruturar, e aos anseios com o fim de uma importante fase nas nossas vidas.

Não há como deixar de se reconhecer a importância daqueles que estiveram comigo nos momentos de angústia, assim como nos momentos de alegria e dispersão, tão necessários para a manutenção de uma vida de qualidade. Por isso que, a presente monografia, assim como todo meu desempenho acadêmico nestes anos de faculdade não podem ser atribuídos somente a mim, pois as conquistas foram construídas junto àqueles que estavam comigo, se não em toda, em grande parte da trajetória acadêmica.

Primeiramente, gostaria de agradecer aqueles que me apoiam incondicionalmente na busca da realização de meus sonhos – minha mãe, Maria Helena de Jesus Muniz Siebeneichler e meu padrasto, Marco Antônio Siebeneichler. Não há palavras suficientes que expressem o meu sentimento de gratidão por todos os investimentos, conversas, debates políticos, e ensinamentos, que vocês me passaram nesses 22 anos de vida. Mãe, a sua trajetória acadêmica e profissional na Medicina e psiquiatria me inspira muito. Obrigado por ser esse exemplo de mãe, de profissional, e de eterna estudante.

Gostaria de agradecer também às minhas irmãs, Luanda Muniz Conceição e Letícia Muniz Siebeneichler. Meninas, obrigado pelos momentos alegres, pela parceria, e pela motivação dada nos momentos mais escuros. Luanda, tenho muito orgulho de ser seu irmão, e da sua trajetória. Admiro muito a sua coragem, o que só mostra como você é uma mulher forte, desinibida e sem medos de correr atrás dos seus sonhos. Letícia, caçula da família, aos meus olhos você cresceu rapidamente e agora está se moldando em uma garota fantástica, obrigado pelas risadas, sorvetes, músicas e momentos compartilhados.

Ainda, agradeço imensamente ao amor e zelo compartilhados pelo resto da família, que mesmo espalhada entre Rio de Janeiro, São Paulo e Brasília, sempre

estiveram presentes em todas as etapas da graduação. Obrigado pelo apoio e carinho: Regina Célia de Jesus Muniz, Ana Paula de Jesus Muniz e Judith Maria de Jesus Muniz, minhas tias quase mães. Helenita de Jesus Muniz, a melhor vó e, Zuleika Rosa Medeiros, minha madrinha e anjo protetor.

É necessário também agradecer àquelas que me trouxeram até esta etapa da vida e instigaram em mim o pensamento crítico. Agradeço, primeiramente, às professoras Vera Karam de Chueiri e Estefânia Maria de Queiroz Barboza, minhas orientadoras e mestras. Profa. Vera, as suas aulas, reflexões e orientações no período de monitoria, despertaram a minha paixão pelo direito constitucional, pela pesquisa acadêmica, e pela docência – três das coisas que moldaram minha vida acadêmica e definiram por certo a carreira que pretendo seguir e por isso sou eternamente grato. Profa. Estefânia, minha admiração por você começou antes de efetivamente nos conhecermos, quando li sua tese no primeiro ano do meu curso. Me senti realizado quando comecei a pesquisar e discutir a dogmática do direito constitucional brasileiro e britânico com você. Muito obrigado por todos os ensinamentos durante os dois anos de pesquisa acadêmica e pelo ano que pude acompanhar suas aulas no programa de monitoria da UFPR. Obrigado também por ser este grande exemplo de professora, pesquisadora, e advogada, que tanto me inspira.

Ainda, é preciso agradecer outras(os) professoras(es) que foram essenciais para a minha formação: Katya Kozicki, por sua didática e dedicação com os alunos e com a ciência jurídica, Kendall Thomas, pela expansão dos meus horizontes, e pelas nossas conversas críticas e iluminadoras em Curitiba e no Rio de Janeiro, e Maria Cândida Pires do Amaral Kroetz, pela dedicação com os alunos e com o conhecimento passado em sala. Agradeço, também, outros docentes que moldaram a minha formação nesta faculdade: Paula Pessoa, Ilton Norberto Robl Filho, Luís Fernando Lopes Pereira, Clèmerson Merlin Clève, Fabrício Ricardo de Limas Tomio, Clara Roman Borges, Egon Bockmann Moreira, Daniel Wunder Hachem, e Francisco Monteiro Rocha Jr.

Também, agradeço imensamente aos amigos que a graduação me trouxe, sem vocês estes 5 anos não teriam sido tão proveitosos: Priscila Villani, Izabella Pini Gurgel, Giulia Bolzani, Raphaela Loritte, Bárbara Cunha, Letticia Schaitza, Verônica Carvalho, Sueli Kayo, Guilherme Prado, Janyne Pagliarini, Ana Carolina Ortolani Sorgenfrei, Fernando Botareli Cesar e Bruna Schmitz. Aproveito a oportunidade para agradecer também aquelas amigas que me acompanham desde o Ensino Médio e,

mesmo com a correria da vida acadêmica, se mantiveram sempre presentes: Gabrielly Lorraine, Miriam Olívia, Silvia Yumi, Thaís Lourenço, Rafaela Schunig, Raianne Antunes, Beatriz Souza, e Roberta Vanessa – juntos crescemos e vencemos nossos desafios, obrigado por todos nossos momentos de companheirismo, risadas, conversas e confidências.

Em fim, a todos que me acompanharam nesta jornada, meus mais sinceros e profundos agradecimentos. Espero um dia estar à altura de retribuir.

A Constitution is not the act of a Government, but of a people constituting a government, and a government without a constitution is a power without a right.  
**(Thomas Paine, 1791)**

(...) the earth belongs in usufruct to the living; (...) the dead have neither powers nor rights over it... We seem not to have perceived that by the law of nature, one generation is to another as one independent nation to another.  
**(Thomas Jefferson to James Madison, 1789).**



## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a perspectiva dos diálogos institucionais e da possibilidade de uma relação construtiva de direitos entre os poderes Legislativo e Judiciário. O argumento do constitucionalismo vivo parte da premissa de que a Constituição não se exaure no texto constitucional promulgado em uma Assembleia Constituinte, estando vinculada a direitos e princípios não escritos, evidenciados pelo exercício hermenêutico jurisdicional. Nos Estados Unidos, contudo, a perspectiva se vincula a um modelo de constitucionalismo pautado no *common law*, em que a mutação constitucional se dá tão somente pelo Judiciário, desconsiderando o aspecto político da Constituição. Em contrapartida, a Constituição não escrita do Reino Unido tem como principal característica a centralidade do princípio da Soberania do Parlamento, permitindo que decisões constitucionais e moralmente controversas sejam tomadas na esfera política do Parlamento. Dessa forma, observa-se uma relação colaborativa entre Parlamento e as Cortes do Judiciário, uma vez que o “direito comum” criado por precedentes se mantém como importante fonte do direito constitucional britânico, em que pese o direito estatutário. Esta relação ficou mais clara com a promulgação do *Human Rights Act* em 1998, que estabeleceu um sistema fraco de controle de constitucionalidade em que as Cortes superiores não possuem competência para invalidar atos legislativos, podendo somente declarar a sua incompatibilidade face à Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Destarte, observa-se que o constitucionalismo britânico é vivo, porém pela relação entre os atores institucionais que o compõem. A partir da análise deste sistema jurídico, estudar-se-ão as funções exercidas pela jurisdição constitucional brasileira, assim como a noção de precedentes constitucionais formuladas no direito pátrio no paradigma da Constituição Federal de 1988. Argumenta-se que o aspecto puramente jurídico da Constituição esvazia o seu sentido e impede a consagração dos princípios nela inscritos, que dependem da política democrática para se concretizarem à mesma medida que são protegidos e definidos pelo Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, deve ser desmitificada a premissa da última palavra do Supremo Tribunal Federal ao interpretar os valores e princípios inscritos na Constituição, considerando o aspecto político inerente à Carta. Para tanto, a forma de deliberação da corte e a formulação do precedente constitucional devem se pautar nos princípios inerentes ao caso, permitindo a análise da racionalidade utilizada pela corte na fundamentação da decisão, através de um voto institucional da corte. Esta perspectiva permite o diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo, evitando o efeito do *backlash* da decisão judicial. Por fim, será analisada a doutrina constitucional que subjaz à tese do diálogo, distinguindo a doutrina do *living constitutionalism* norte-americano, a crítica do constitucionalismo democrático, e a fundamentação da tese dos diálogos institucionais.

**Palavras-chave:** Diálogos Institucionais. Constitucionalismo-Vivo. Constitucionalismo britânico. Human Rights Act.

## ABSTRACT

The present research analyses the perspective of institutional dialogues and the possibility of a constructive relationship between the Legislative and the Judiciary branches of power regarding fundamental rights. The argument of the doctrine of living constitutionalism is based on the premises that the Constitution involves more than the written constitutional promulgated by a Constituent Assembly, being bound to unwritten rights and principles, revealed by the judicial hermeneutic efforts. In the United States, however, the perspective is linked to a common law constitutionalism ideal, in which the constitutional mutation is given only by the judiciary, disregarding the political aspect of the Constitution. By contrast, the United Kingdom's unwritten Constitution has as its main feature the principle of Sovereignty of Parliament, allowing constitutional and morally controversial decisions to be made in Parliament's political sphere. Thus, there is a collaborative relationship between Parliament and the Courts of the Judiciary, since the "common law" created by precedents remains an important source of British constitutional law, in spite of statutory law. This relationship became clearer with the promulgation of the Human Rights Act in 1998, which established a weak form of judicial review in which the superior courts do not have the power to invalidate legislative acts and can only declare their incompatibility with the European Convention on Human Rights. Thus, it is observed that the British constitutionalism is alive, but by the relation between the institutional actors that compose it. From the analysis of this legal system, it will be studied the functions exercised by the Brazilian constitutional jurisdiction, as well as the notion of constitutional precedents formulated in the Brazilian legal system through the paradigm of the Constitution of 1988. It is argued that the purely legal aspect of the constitution takes away its meaning and prevents the consecration of the principles contained therein, which depend on democratic politics to be effected to the same extent as are protected and defined by the Federal Supreme Court. Thus, the premise of the Federal Supreme Court's last word must be demystified when interpreting the values and principles inscribed in the Constitution, considering the political aspect inherent to the Charter. To do so, the court's deliberation and the formulation of the constitutional precedent must be based on the principles inherent to the case, allowing the analysis of the rationality used by the court in the reasoning of the decision, through an institutional vote of the court. This perspective allows the dialogue between the Federal Supreme Court and the Legislative Branch, avoiding the effect of the backlash of the judicial decision. Finally, we will analyze the constitutional doctrine that underlies the thesis of dialogue, distinguishing the American doctrine of the living constitutionalism, the critique of democratic constitutionalism, and the foundation of the thesis of institutional dialogues.

**Key-words:** Institutional Dialogues. Living Constitutionalism. British Constitutionalism. Human Rights Act.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

STF	- Supremo Tribunal Federal
HRA	- Human Rights Act
ECA	- European Communities Act
CEDH	- Convenção Europeia dos Direitos Humanos

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>13</b>
<b>1. CONSTITUCIONALISMO NO REINO UNIDO .....</b>	<b>18</b>
1.1. CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO E JURÍDICO NA CONSTITUIÇÃO BRITÂNICA.....	23
1.2. O COMMON LAW E O SISTEMA CONSTITUCIONAL BRITÂNICO .....	29
1.3. A SOBERANIA DO PARLAMENTO E O HUMAN RIGHTS ACT .....	35
<b>2. POR QUE O CONSTITUCIONALISMO DO REINO UNIDO IMPORTA PARA O     BRASIL?.....</b>	<b>44</b>
2.1. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL E A NOÇÃO DE PRECEDENTES.....	47
2.2. O PRECEDENTE CONSTITUCIONAL E O <i>BACKLASH</i> .....	54
2.3. O HUMAN RIGHTS ACT E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA: A POSSIBILIDADE DE UMA RELAÇÃO CONSTRUTIVA DE DIREITOS ENTRE PODERES .....	61
<b>3. CONSTITUCIONALISMO VIVO, CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E A     PERSPECTIVA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS.....</b>	<b>66</b>
3.1. CONSTITUCIONALISMO VIVO .....	66
3.2. O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO .....	72
3.3. DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS .....	76
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>84</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>89</b>

## INTRODUÇÃO

A discussão acerca da relação paradoxal que envolve os ideais do constitucionalismo e ideia de democracia é tão complexa quanto seu próprio objeto. O paradoxo se estrutura porque a democracia constitucional parte da premissa do autogoverno do povo, ao passo que o constitucionalismo se coloca como a contenção do âmbito decisório da comunidade política, através de uma norma fundamental. Dessa forma, para o constitucionalismo é essencial que a norma fundamental e seus preceitos sejam superior à política majoritária<sup>1</sup>.

O presente trabalho parte deste paradoxo para analisar a correlação entre as atividades do Poder Judiciário e Legislativo na definição de sentido e aplicação da Constituição, tendo como premissa a necessária consideração de uma pluralidade de intérpretes do texto constitucional e dos princípios nele indicados. Dessa forma, entende-se que a política democrática tem um papel central na concretização da Constituição, uma vez que os direitos fundamentais e normas principiológicas nela inscritos são intrinsecamente políticos.

A ideia da democracia, enquanto “governo do povo” subjaz uma necessária reflexão das diversas posições que o “povo” atua e influencia o exercício do poder. Neste sentido, MÜLLER determina ao menos três aspectos do conceito de “povo” que dão azo a legitimidade democrática da Constituição<sup>2</sup>. Primeiramente, indica o autor que no Estado Democrático de Direito deve ser estabelecida uma *estrutura de legitimação* que permita a indicação do povo como instância global de atribuição de legitimidade democrática a todas as formas de atuação estatal.<sup>3</sup> Um segundo aspecto se refere ao estabelecimento de um procedimento democrático que coloque em vigor o povo como polo ativo de dominação, sendo este “a fonte da determinação do convívio social por meio de prescrições jurídicas”<sup>4</sup>. Por fim, um terceiro aspecto acerca da densificação do povo em um regime constitucional se vincula com a caracterização do mesmo enquanto destinatário de direitos e garantias constitucionalmente

---

<sup>1</sup> MICHELMAN, Frank I. Brennan and Democracy: The 1996-97 Brennan Center Symposium Lecture. **California Law Review**, Berkeley, v. 86, n. 3, p.411, maio 1998. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol86/iss3/1>>. Acesso em: 9 out. 2015. p. 1.

<sup>2</sup> MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo?** – A questão fundamental da democracia. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>3</sup> Ibid. p. 56

<sup>4</sup> Ibid. p. 51

positivadas. Neste aspecto, MÜLLER indica que o principal objetivo da luta democrática é a imposição da igualdade a todos, no que respeita à sua dignidade humana, aos seus direitos fundamentais, e também às garantias constitucionais. Dessa forma, não há como considerar a democracia somente como o povo ativo ou como instância de legitimação democrática, ao mesmo tempo que uma forma de exclusão ainda estiver presente. Nesse sentido:

(...) na luta contra a exclusão, uma democracia constitucional não pode justificar-se apenas perante o *povo ativo* nem perante o povo enquanto *instância de atribuição*, mas deve necessariamente poder fazer isso também perante o *demos como destinatário* de todas as prestações afiançadas que a respectiva cultura constitucional invoca. E na medida da sua dominância efetiva a *superestrutura constituída de superintegração/subintegração (inclusão/exclusão)* *deslegitima uma sociedade constituída não apenas no âmbito do Estado de Direito*, mas já a partir de sua base democrática<sup>5</sup>.

Destarte, a democracia, enquanto legitimação da limitação do poder soberano do povo não é veiculada somente pelo voto, mas também pela deliberação política e constante entre diversos grupos sociais e a tutela do princípio de igualdade e garantias individuais e sociais para a realização do jogo democrático justo e coerente com a diversidade encontrada em uma sociedade. Assim, compreende-se que o constitucionalismo e a Constituição de um Estado não podem limitar as manifestações políticas da sociedade, assim como impedir a vontade das instituições mais atentas e adstritas à vontade popular. Isso não significa, contudo, que a proteção de direitos fundamentais e a definição de sentidos dos princípios constitucionais não possa ser realizada no Poder Judiciário.

Isto, pois a democracia transpassa a noção de representatividade, influenciando e caracterizando as premissas e objetivos do constitucionalismo, que deve sempre moldar a Constituição e seu entendimento às mudanças sociais, políticas e morais da sociedade na medida que estas são reivindicadas. Isto implica em um aspecto vivo da Constituição, que nem sempre se expressa de forma uniforme nos poderes e instituições estabelecidos pelo texto constitucional.

A Constituição, portanto, se estabelece como uma promessa à realização do conceito de povo em todas estas formas de manifestação, colocando a sua efetividade como algo tangente que se vincula com o caráter programático do texto constitucional.

---

<sup>5</sup> MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo?** – A questão fundamental da democracia. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 90

O aspecto protetivo, inerente à democracia, permite a atuação democraticamente legítima do Judiciário, ao defender e ampliar a tutela de direitos e garantias através de sua atuação na jurisdição constitucional.

A política democrática, portanto, está inscrita na Constituição e dela não pode ser afastada. Como indica Claude LEFORT a democracia é marcada pelo conflito, e por isso é caracterizada pela configuração de uma sociedade sem certezas definitivas, impregnada de indeterminação e, por isso, que sempre está sujeita a sua redefinição. O autor indica que o “Estado Democrático de Direito excede os limites tradicionalmente atribuídos ao Estado de direito”, uma vez que “experimenta direitos que ainda não lhe estão incorporados”.<sup>6</sup>

Esta indeterminação parece recorrente no cenário político-institucional do Reino Unido, em que a Constituição não escrita é pautada por princípios que derivam do *common law* e pelo princípio da soberania do Parlamento, radicalizando em um sistema constitucional que preza pela determinação do sentido de valores e princípios constitucionais na esfera política. Dessa forma, é possível compreender uma relação colaborativa entre Parlamento e o Poder Judiciário na criação e definição do Direito e da Constituição, que se molda e se renova a partir das relações políticas entre parlamentares, partidos e agentes da administração<sup>7</sup>.

Assim, o presente trabalho se verticaliza na análise da possibilidade de instauração de diálogos institucionais para a construção de direitos e a determinação do sentido da Constituição, de forma a revigorar o papel da política democrática na interpretação da Constituição.

Para tanto, faz-se uma análise crítica das teorias que procuram fundamentar a Constituição política do Reino Unido, buscando compreender a centralidade do princípio da soberania do Parlamento neste sistema, a sua relação com o *common law* e o sistema de precedentes, e as mudanças substanciais ocorridas no fim do século XX pela incorporação dos direitos e garantias previstos na Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

A promulgação do *Human Rights Act* repercutiu em uma mudança na estrutura constitucional do Reino Unido, mesmo que mantendo a soberania do

---

<sup>6</sup> LEFORT, Claude. **A Invenção Democrática** – Os limites da dominação totalitária. São Paulo: Autêntica Editora, 2011. p. 73.

<sup>7</sup> GRIFFITH, J.A.G. The Common law and the Political Constitution. **Law Quarterly Review**, London, n. 117, jan. 2001. p. 42.

Parlamento para legislar e criar direitos. Desta forma, estabeleceu um compromisso entre os poderes, normatizando um diálogo institucional entre o Judiciário e o Legislativo.

A partir da exposição do constitucionalismo britânico, parte-se para a análise do papel exercido pela jurisdição constitucional no ordenamento brasileiro. Enquanto a natureza política da Constituição britânica é exacerbada, a política democrática, no paradigma constitucional da Constituição de 1988, foi afastada por um protagonismo do Judiciário na defesa e garantia dos direitos fundamentais positivados na Carta constitucional, assim como pela consideração normativa do texto constitucional.

Dessa forma, a jurisdição constitucional passou a desenvolver funções típicas de Cortes supremas, buscando não só a resolução de casos concretos ou a invalidação de atos legislativos e executivos em face à Constituição, mas também a busca pela unidade do direito através da promulgação de precedentes. A perspectiva dos precedentes no Brasil, contudo, não foi acompanhada de uma busca pela coerência interna do sistema, sendo a fundamentação das decisões do STF baseada em argumentos de autoridade<sup>8</sup>, o que impede a promulgação de uma racionalidade íntegra da corte e dificulta o diálogo.

Assim, as repercussões políticas e sociais dos precedentes do STF que buscam definir o sentido da Constituição são subestimadas, permitindo o desenvolvimento de uma política democrática alienada, que legisla e cria normas jurídicas a contento da Constituição, ou sem a sua interpretação sistemática<sup>9</sup>. A relação entre as Cortes e o Poder Legislativo deve levar em conta que ambos os poderes atuam como definidores de direitos no ordenamento jurídico, sendo imprescindível que a justificação de suas decisões possa ser retomada e sopesada de forma argumentativa. A desconsideração dessa relação interinstitucional impede a tutela da segurança jurídica no sistema, gerando incoerências e instabilidades na aplicação e definição de direitos fundamentais. Enquanto a corte atua sob a premissa de último interlocutor da moralidade política da sociedade, os desacordos morais

---

<sup>8</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como Decidem As Cortes?:** Para uma crítica do direito (brasileiro). São Paulo: Editora FGV, 2013.

<sup>9</sup> TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the Courts.** Princeton: Princeton University Press, 1999.



acerca da substância e extensão dos direitos se mantém na sociedade civil e no Poder Legislativo, o que repercute na continuidade da discussão em diferentes termos<sup>10</sup>.

Dessa forma, entende-se que o STF se insere em um diálogo político, apresentando razões e defendendo teses a partir de sua leitura da moralidade política da sociedade. A repercussão social de suas decisões deve ser construtiva, no sentido de que ao Poder Legislativo cabe a possibilidade de apresentar contrarrazões aos precedentes, considerando a interpretação constitucional da Corte. Esta premissa se diferencia de um efeito negativo que simplesmente revoga a decisão (*backlash*<sup>11</sup>), em que o precedente falha em mudar ou influenciar qualquer alteração no debate acerca dos desacordos morais inerentes aos direitos fundamentais.

Por fim, parte-se para a análise de duas diferentes concepções teóricas acerca do constitucionalismo, a dizer: a teoria do constitucionalismo vivo e do constitucionalismo democrático, buscando-se fundamentar a necessidade da correlação entre as atividades do Poder Judiciário e Legislativo na interpretação constitucional. Dessa forma, evita-se que a esfera política da proteção dos direitos fundamentais seja desconsiderada pela premissa puramente normativa da Constituição, devendo ser estabelecida uma política democrática que tenha por base princípios constitucionais.

---

<sup>10</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 171-172.

<sup>11</sup> KLARMAN, Michael J. **From the Closet to the Altar: Courts, Backlash, and the Struggle for Same Sex Marriage**. New York: Oxford University Press, 2014. Ver capítulo 2.2.

## 1. CONSTITUCIONALISMO NO REINO UNIDO

*The British Constitution has always been puzzling and always will be.*

*Queen Elizabeth II*

O constitucionalismo no Reino Unido se estabeleceu por meio de uma premissa histórica e pela centralidade da doutrina da soberania do Parlamento, o que permitiu a estruturação de um Estado Constitucional vinculado à democracia liberal, mas que não condiz com as características do modelo de constitucionalismo moderno ocidental, como a existência de uma Constituição escrita, a supremacia das normas constitucionais, e uma separação clara das competências e prerrogativas dos poderes do Estado<sup>12</sup>.

A natureza da Constituição britânica se vincula intimamente com o passado histórico da Grã-Bretanha. Em vista da ausência de rupturas políticas drásticas no momento revolucionário burguês, não houve nenhuma forma de acordo constitucional segundo as premissas do constitucionalismo moderno. Destarte, as formas jurídicas da Constituição continuaram a refletir um modelo medieval pautado na continuidade institucional, reiterando a existência de uma Constituição ordenada por práticas e costumes imemoriais<sup>13</sup>. Neste sentido, o constitucionalismo britânico é vivo, uma vez que se expressa através do gradual desenvolvimento de práticas e parâmetros de condutas, sem, contudo, se vincular às concepções de constitucionalismo vivo estado-unidense<sup>14</sup>.

A acomodação das estruturas e instituições constitucionais à realidade contemporânea se deu através da reinterpretação dos costumes e a instauração de novas práticas de exercício do poder. Estas, contudo, não produziram rupturas formais

---

<sup>12</sup> OLIVER, Dawn. The United Kingdom. In: OLIVER, Dawn; FUSARO, Carlo. **How Constitutions Change: A Comparative Study**. Oxford: Hart Publishing Ltd, 2011. Cap. 15. p. 329-355.

<sup>13</sup> POCOCK, J.G.A. Op. cit. p. 1-30.

<sup>14</sup> A doutrina do constitucionalismo vivo norte americano é pautada na mutação constitucional levada à cabo somente pelo Poder Judiciário. Dessa forma, têm-se como premissa a determinação da última palavra da Suprema Corte ao interpretar a Constituição, assim como a definição das Cortes como lugar mais adequado para a proteção de direitos fundamentais e valores previstos na constitucionalmente. A perspectiva do constitucionalismo vivo a que se faz menção no Reino Unido, se vincula ao caráter político da Constituição não escrita, que se consubstancia através da relação entre diversos atores institucionais e o povo.

na Constituição britânica, o que manteve a continuidade das formas ao passo que permitiu a sua adaptação a novas estruturas e complexidades<sup>15</sup>.

Os princípios da Constituição britânica remontavam a um passado histórico imemorial, que se vinculava com a racionalidade do *common law*<sup>16</sup> e o ideário de uma Constituição Anciã<sup>17</sup>. Este entendimento permitiu a estruturação de um conceito preliminar de Estado de Direito, uma vez que se desvinculava o Direito da vontade do monarca<sup>18</sup>.

Isto porque, os juristas do *common law*, no século XVII, repeliram a ideia de que a Soberania estava inserida na ordem jurídica constitucional. Dessa forma, rejeitaram a noção de que William I foi o conquistador da Inglaterra e, portanto, a fonte de toda a *soberania* dentro do Estado. A ficção jurídica indicava que as terras inglesas teriam sido conquistadas pelos normandos através de um julgamento por combate, regulado pelo direito comum dos saxões que previamente viviam no território. A fonte da soberania real advinha, portanto, dos costumes imemoriais do Reino e não da soberania do então conquistador William I<sup>19</sup>.

Estas reflexões acerca da Constituição Anciã causaram impacto no estudo da natureza da Constituição britânica, assim como de seus princípios fundadores. A partir da racionalidade do *common law*, COKE afirma que o princípio da Soberania do Parlamento não é, na verdade, absoluto, uma vez que foi criado pelo *common law* e deve respeitar os princípios básicos deste direito comum, quais sejam a liberdade, a igualdade e os direitos naturais<sup>20</sup>. Isto porque, de acordo com COKE, o *common law* teria criado o princípio da supremacia do Parlamento, estando também vinculado à perspectiva dos direitos naturais, como o juiz indica no julgamento do *Dr. Bonham's Case*<sup>21</sup>.

<sup>15</sup> LOUGHLIN, Martin. **Public Law and Political Theory**. New York: Oxford University Press, 1992. p.42.

<sup>16</sup> A racionalidade do *common law* assim entendida se vincula com os princípios e práticas inerentes à doutrina *Stare Decisis*, ou seja, a obediência dos juízes aos precedentes julgados ou a decisões estabelecidos pelas Cortes em nível hierárquico superior no sistema Judiciário. O *common law* portanto se refere ao conjunto de precedentes que definem diversos aspectos normativos do direito, o qual não deve ser confundido com o *Common Law* (em caixa alta), que se relaciona com a distinção entre as famílias jurídicas romano-germânicas e anglo-saxãs.

<sup>17</sup> POCOCK, J.G.A. Op. cit. p.16.

<sup>18</sup> LOUGHLIN, Martin. **Public Law and Political Theory...**, p.43.

<sup>19</sup> Ibid.

<sup>20</sup> POCOCK, J.G.A. Op. cit. p.34-42.

<sup>21</sup> HELMHOLZ, R. H.. Bonham's Case, Judicial Review, and the Law of Nature. *Journal Of Legal Analysis*, Cambridge, v. 1, n. 1, p.325-354, 1 jan. 2009. Oxford University Press (OUP). Disponível em: <<https://jla.oxfordjournals.org/content/1/1/325.full.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2016. p.331.

Por outro lado, no século XVIII há uma mudança de perspectiva acerca da natureza da Constituição. Esta se afasta do seu caráter histórico e passa a considerar o aspecto político-jurídico da Constituição britânica após a Revolução Gloriosa. Esta mudança se deu pela produção acadêmica de BLACKSTONE, que sido apontado para a cadeira de Direito na Universidade de Oxford, escreveu a primeira análise moderna do Direito britânico e suas instituições<sup>22</sup>.

BLACKSTONE entendia que o desenvolvimento do direito constitucional britânico se remetia a uma gradual restauração dos princípios da Constituição anciã e suas liberdades<sup>23</sup> defendendo, contudo, ser necessário um poder central e absoluto que promova este desenvolvimento com estabilidade. Dessa forma, BLACKSTONE reafirma a figura do Crown-in-Parliament como forma última de criação do direito (uma vez que no Parlamento se reúnem os três poderes do Reino Unido, a dizer, a aristocracia, os lordes, e o Rei). Assim, o direito passa a ser considerado como uma derivação dos comandos do Parlamento, e não como indícios de costumes imemoriais do Reino<sup>24</sup>.

Estas percepções introdutórias acerca da natureza da Constituição britânica, permitiram a consagração de uma *práxis* constitucional política, que ainda se remetia a certas características legais. Neste contexto, DICEY define que a Constituição britânica se vincula a três princípios: a soberania do Parlamento, o Estado de Direito, e as Convenções constitucionais<sup>25</sup>. As Convenções são definidas pelo autor como regras que explicitam a moralidade constitucional da sociedade britânica. Dessa forma, são normas não vinculantes, que se expressam por meio de entendimentos, hábitos e práticas que influenciam e regulam diversos aspectos da política constitucional e seus procedimentos, mesmo que não possam ser aplicadas pelas Cortes<sup>26</sup>.

O fato de a Constituição britânica não ser escrita permitiu o desenvolvimento de um apurado estudo acerca das fontes do direito constitucional britânico. Diferente de outros países, os estatutos do Parlamento não possuem hierarquias diferenciadas ao tratar de matérias constitucionais. Não há, portanto, nenhuma distinção entre

<sup>22</sup> LOUGHLIN, Martin. **The British Constitution...**, p. 43.

<sup>23</sup> BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England**. Oxford: Clarendon Press.

<sup>24</sup> LOUGHLIN, Martin. **The British Constitution...**, p. 55.

<sup>25</sup> GOLDSWORTHY, Jeffrey. **The Sovereignty of Parliament** – History and Philosophy. New York: Oxford University Press, 1999, p. 9.

<sup>26</sup> DICEY, Albert Venn. **An Introduction to the Study of the Law of the Constitution**. 8. ed. London: Macmillan, 1996, p. 417.

normas constitucionais e normas ordinárias, sendo as primeiras identificadas somente pelo seu critério material e não formal.

De acordo com VICK, há um consenso na doutrina acerca das fontes constitucionais, sendo elas os estatutos parlamentares, princípios derivados do *common law* e as convenções constitucionais<sup>27</sup>. Exemplos de Atos Parlamentares com envergadura constitucional, são a *Magna Carta* (1215), o *Bill of Rights* (1689), e o *Human Rights Act* (1998), que através do tempo foram substancialmente considerados constitucionais através do exercício hermenêutico das Cortes ao estabelecerem precedentes.

Não havendo uma Constituição formalmente positivada, a jurisdição constitucional no Reino Unido ocorre através de um controle material da Constituição e se estabilizou recentemente com a promulgação do *Human Rights Act* em 1998<sup>28</sup>. O próprio estabelecimento da jurisdição invoca uma discussão perene no constitucionalismo britânico que se vincula ao caráter político-jurídico da Constituição, que se insere tanto pelo princípio da Soberania do Parlamento, como pela doutrina do *stare decisis*.

Isso se dá pela forma como é feita a distribuição dos poderes no Estado britânico. Como indica VICK<sup>29</sup> diferente do sistema de separação estrita dos poderes delineado por Montesquieu, o sistema de *checks and balances* que se desenvolveu no Reino Unido tem centralidade no Parlamento, mesmo que definindo obrigações e competências distintas ao Executivo e Legislativo. O Poder Legislativo é exercido conjuntamente entre os parlamentares eleitos pelo povo, na *House of Commons*, e os não eleitos, que herdam sua posição hereditariamente, ou são indicados pelo monarca, na *House of Lords*. O Poder Executivo não é exercido por indivíduos independentes do Parlamento, mas sim por seus membros que juntos formam o Governo. O Judiciário se tornou o recentemente único poder completamente desvinculado do Parlamento, porque até 2009, a *House of Lords* tinha competência jurisdicional e também criava precedentes enquanto última instância de apelação (*Appellate Committee of the House of Lords*). Atualmente o Judiciário possui

<sup>27</sup> VICK, Douglas W. The Human Rights Act and the British Constitution. **Texas International Law Journal**, Austin, v. 2, n. 37, mar. 2002. Disponível em: <<http://connection.ebscohost.com/c/articles/6589472/human-rights-act-british-constitution>>. Acesso em: 20 maio 2015. p. 337.

<sup>28</sup> BARBOZA, Estefânia Maria De Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: Fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. Curitiba: Saraiva, 2014. p. 25

<sup>29</sup> VICK, Douglas W. Op. Cit., p.341-343.

autonomia funcional e é independente de todos os outros órgãos do governo. Suas funções, contudo, ainda se mesclam com aquelas dos outros poderes seja pela atividade criadora do direito pela formação de precedentes, seja pela formação de normas que regulam seus próprios procedimentos<sup>30</sup>.

Considerando estas características, a Constituição Britânica é extremamente flexível, o que permite o seu desenvolvimento de acordo com mudanças sociais, políticas e culturais da nação e seus atores sociais. Isto não implica, contudo, na sua instabilidade, que é evitada pela racionalidade do *common law* e a doutrina do *stare decisis*<sup>31</sup>, mantendo a previsibilidade e segurança jurídica do sistema. Nestes termos, a Constituição Britânica é viva, mas não somente pelo exercício hermenêutico da Suprema Corte ao exercer a jurisdição constitucional. Assim indica GRIFFITH ao explicitar o caráter político das constituições, afirmando que estas são moldadas pelas relações entre as principais instituições do Estado. Indica o autor que as instituições podem até manter sua composição e estrutura, porém as relações entre elas serão sempre mutáveis<sup>32</sup>.

Destarte, a Constituição viva do Reino Unido considera o balanço entre o aspecto político e jurídico da ordem constitucional, o que por si só já alimenta um grande debate no que tange a relação entre a soberania do Parlamento e a Doutrina do *Stare Decisis*, o que se passará a analisar.

---

<sup>30</sup> VICK, Douglas W. Op. Cit. p. 342. Partindo da premissa da unidade das funções do Estado medieval inglês, Jeffrey Goldsworthy indica que tampouco as Cortes eram desvinculadas do Parlamento. Afirma o autor que os poderes do conselho real, das Cortes, e do Parlamento não eram distintos porque todos se remetiam a autoridade do Rei. Dessa forma, as instituições participavam em atividades legislativas e adjudicantes, assim como realizavam interpretações dos textos jurídicos. Inclusive, as Cortes muitas vezes legislavam e sua interpretação dos Estatutos era praticamente considerada legislação. Esta concentração dos poderes no Parlamento se manteve até o início do século XXI, quando a House of Lords perdeu sua função de Corte de vértice do Poder Judiciário, sendo esta competência transferida para uma recém estabelecida Suprema Corte. GOLDSWORTHY, Jeffrey. **The Sovereignty of Parliament** – History and Philosophy. New York: Oxford University Press, 1999, p. 45.

<sup>31</sup> POCOCK, J.G.A. Op. cit. p.34-42.

<sup>32</sup> GRIFFITH, J.A.G. The Common law and the Political Constitution. **Law Quarterly Review**, London, n. 117, jan. 2001. p. 42. No mesmo sentido, Griffith escreve que a Constituição política do Reino Unido “lives on, changing from day to day for the constitution is no more and no less than what happens. Everything that happens is constitutional. And if nothing happened that would be constitutional also”. GRIFFITH, J. A. G. The Political Constitution. **The Modern Law Review**, Oxford, v. 42, n. 1, p.1-21, jan. 1979. Wiley-Blackwell. <http://dx.doi.org/10.1111/j.1468-2230.1979.tb01506.x>. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2230.1979.tb01506.x/full>>. Acesso em: 09 mar. 2016, p. 19.

### 1.1. CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO E JURÍDICO NA CONSTITUIÇÃO BRITÂNICA.

A partir destes aspectos gerais da natureza da Constituição britânica, percebe-se que o direito constitucional no Reino Unido é permeado de paradoxos, que se referem tanto ao caráter político da *práxis* constitucional quanto o aspecto jurídico das considerações inerentes ao Estado de Direito<sup>33</sup>.

O paradoxo se estrutura entre a Democracia e o Estado de Direito, retomando a discussão da teoria constitucional acerca do constitucionalismo e da democracia no contexto britânico. Destarte, a discussão se remete a meios alternativos de estabelecimento dos princípios e características do constitucionalismo, se vinculando à supremacia do Parlamento e permitindo que este faça as últimas considerações e determinações acerca da coerência de seus atos com a Constituição.

A discussão se remete a duas concepções diferentes do constitucionalismo, quais sejam, a concepção jurídica e a política. A primeira enfatiza o papel do Judiciário em defender direitos liberais positivados, ou não, em um texto constitucional, enquanto que a última enaltece o processo político e dá ênfase à participação popular e ao voto majoritário no ordenamento jurídico. Dessa forma, se o conteúdo dos direitos fundamentais é controverso, de acordo com o constitucionalismo político se prevê que cabe ao povo a definição da disputa política acerca da definição dos direitos, por meio de representantes eleitos democraticamente<sup>34</sup>. No Reino Unido, a ideia do constitucionalismo político surgiu tanto pela consideração central do princípio da soberania do Parlamento, como pela extrema desconfiança política depositada nas Cortes, sendo presumido o conservadorismo dos magistrados.

Em contrapartida, a consideração jurídica do constitucionalismo se vincula ao conceito do constitucionalismo de *common law* e tem por base os princípios inerentes à doutrina do *stare decisis* e a relação entre o direito estatutário e os precedentes formados nas Cortes do Judiciário. Em que pese a Constituição Britânica não ser escrita, a consideração de uma forma constitucional pautada no direito está adstrita aos princípios do constitucionalismo liberal, o que permite a sobreposição das Cortes

---

<sup>33</sup> ALLAN, T.R.S. **The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution and the Common law**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 1-9.

<sup>34</sup> Ibid., p. 2.

e do Judiciário na defesa de direitos e garantias liberais<sup>35</sup>. Isto pois, como indica ALLAN, cartas de direitos e constituições escritas fortificam o *rule of law*, porém não definem todo o conteúdo do direito a ser aplicado pelo Judiciário, uma vez que muitos princípios jurídicos inerentes ao constitucionalismo são anteriores à sua positivação<sup>36</sup>.

A controvérsia acerca da relação entre o *common law* e o direito legislado transcende a questão interpretativa. O princípio da Soberania do Parlamento determina que a legislação é superior ao *common law*, uma vez que através de seus estatutos o Parlamento pode revogar qualquer precedente. Contudo, a teoria do constitucionalismo de *common law* afirma que a Constituição não escrita do Reino Unido decorre de princípios formados pelos precedentes das Cortes, logo a autoridade do Parlamento é mitigada uma vez que se afirma que ela deriva do *common law*<sup>37</sup>. Nesse sentido indica ALLAN<sup>38</sup> ao afirmar categoricamente que o *common law* define e regula o princípio da soberania do Parlamento, podendo ampliar ou restringir a sua incidência de acordo com os casos concretos trazidos ao Judiciário.

Dessa forma, GOLDSWORTHY indica que esta perspectiva tem como premissa a caracterização do *common law* como um corpo de normas criadas pelos juízes, que podem ser alteradas tanto pelas Cortes quanto pelo Parlamento. Também, o autor indica a definição DWORKIN, explicitando que o *common law* é um corpo de normas baseado em princípios abstratos de moralidade política, os quais os juízes têm a última palavra para enunciar e expor<sup>39</sup>. Para GOLDSWORTHY<sup>40</sup>, ambas as definições colocam os juízes em posição de primazia frente ao Parlamento, seja pela possibilidade de os juízes afastarem a incidência dos estatutos através de instrumentos hermenêuticos, seja pela consideração de que a atividade dos juízes, ao aplicarem o direito estatutário, se vincula à consideração de princípios abstratos que derivam da moralidade política<sup>41</sup>.

<sup>35</sup> ALLAN, T. R. S. In Defence of the Common Law Constitution: Unwritten Rights as Fundamental Law. **LSE Legal Studies Working Paper**, n. 5, jan. 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1331375>>. Acesso em: 14 jun. 2014. p. 4.

<sup>36</sup> Ibid., p.17.

<sup>37</sup> GOLDSWORTHY, Jeffrey. **Parliamentary Sovereignty: Contemporary Debates**. Cambridge University Press: New York, 2010. p. 15-16.

<sup>38</sup> ALLAN, T.R.S. **Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 139,271.

<sup>39</sup> GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Parliamentary Sovereignty...*, p. 15.

<sup>40</sup> Idem.

<sup>41</sup> No mesmo sentido, indica BARBOZA: “Deve-se ter em vista, porém, que os juízes absorvem a cultura de sua própria sociedade e, portanto, é improvável, em primeiro lugar, que queiram criar direitos que não sejam reconhecidos pela sociedade em que vivem ou, ainda, que ‘queiram prejudicar os direitos altamente valorizados pela sociedade’”. BARBOZA, Estefânia M. de Queiroz. Op. cit. p. 146.



A consideração jurídica do constitucionalismo britânico, portanto, compreende o princípio da Soberania do Parlamento como uma invenção dos juízes ao aplicarem os precedentes<sup>42</sup>. Daí a possibilidade de o Judiciário remodelar e interpretar criativamente o direito estatutário criado no âmbito do Poder Legislativo, assim como a própria Soberania do Parlamento, considerando princípios que se vinculam ao Estado de Direito e aos princípios do *common law*<sup>43</sup>. Neste sentido considera VICK ao determinar os precedentes como a principal fonte de princípios do direito constitucional britânico:

The most important common law source of constitutional principles is judicial precedent. Case law has explicated statute-based principles as well as filled gaps in the British constitution. It was judicial precedent that firmly established the principle of Parliament's supremacy, for instance, and defined the boundaries of parliamentary privilege, which prevents the courts from exercising jurisdiction over a matter otherwise within their competence if the matter arises out of parliamentary proceedings<sup>44</sup>.

A seu turno, a consideração política do constitucionalismo britânico parte do entendimento de diferentes paradigmas para a compreensão do papel central do Parlamento na configuração do Estado britânico. A concepção do constitucionalismo político se vincula com o movimento do fim do século XX e início do século XXI que buscava uma readequação da Supremacia do Parlamento e o constitucionalismo<sup>45</sup>. Para tanto, buscou-se repensar o modelo de constitucionalismo pautado em uma posição central do *common law* e das Cortes, fazendo-se uma retomada ao princípio republicano e democrático<sup>46</sup>.

Richard BELLAMY sustenta que o constitucionalismo político visa aos mesmos objetivos e ideais defendidos por uma teoria de constitucionalismo jurídico,

<sup>42</sup> STREET, Amy. **Judicial Review and the Rule of Law: Who Is in Control?**. London: The Constitution Society. 2013., p.18-19.

<sup>43</sup> Ainda, o constitucionalismo jurídico estabelece que o princípio da soberania do Parlamento é incompatível com o princípio do *rule of law*. Isto porque a soberania do Parlamento parte de considerações absolutistas do poder monárquico, excluindo qualquer limite jurídico para sua atuação política. LOUGHLIN, Martin. **Public Law and Political Theory**..., p. 151 e ss.

<sup>44</sup> VICK, Douglas W. Op. cit., p.338. Em trad. livre: "A mais importante fonte de princípios constitucionais do direito comum é o precedente judicial. A partir dos casos concretos, se explicou princípios baseados em estatutos do Parlamento, bem como se preencheu as lacunas da Constituição Britânica. Foi por precedente judicial que se estabeleceu firmemente o princípio da supremacia do Parlamento e definiu os limites do privilégio parlamentar, o que impede que as Cortes exerçam jurisdição sobre uma matéria que não esteja dentro de sua competência se o assunto se originar nos procedimentos parlamentares."

<sup>45</sup> TUSHNET, Mark. **Advanced Introduction to Comparative Law**..., p.44.

<sup>46</sup> Quanto ao princípio republicano e a crítica do constitucionalismo político no Reino Unido ver: TOMKINS, Adam. **Our Republican Constitution**. Oxford: Hart Publishing, 2005.

quais sejam, direitos individuais, democracia e estado de direito<sup>47</sup>. A defesa destes ideais, contudo, se dá sob o enfoque da legitimidade do processo legislativo que define a promoção ou restrição de direitos, considerando os desacordos que envolvem a substância dos valores constitucionais. Para BELLAMY, ignorar desacordos morais acerca dos valores constitucionais, sem a criação de mecanismos políticos que absorvam a disputa, implicaria em arbitrariedade que não condiz com o Estado de Direito<sup>48</sup>.

BELLAMY indica que as tentativas de despolitização dos direitos partem de premissas equivocadas quanto a sua natureza. O autor sustenta que para que direitos sejam retirados do espaço político, eles devem ter o apoio incondicional da sociedade civil e de suas instituições, fruto de uma convergência da moralidade política que indique o mesmo bem jurídico tutelado pelo direito fundamental<sup>49</sup>. Contudo, a indeterminação dos direitos impede uma completa convergência de interesses e entendimentos, refletindo a sua natureza política<sup>50</sup>. Portanto, os desacordos morais acerca do conteúdo dos direitos se vincula às divisões políticas da sociedade e devem assim ser consideradas e inseridas no debate político.

Quanto ao debate, BELLAMY indica que outra forma de despolitização é a tentativa de superação dos desacordos por meios institucionais supostamente apolíticos. Esta se relaciona com a tentativa de se promover a deliberação política acerca dos direitos em fóruns imparciais, em busca de uma convergência dos envolvidos na deliberação a um interesse público<sup>51</sup>. O autor indica que esta perspectiva também é falha, uma vez que a definição dos procedimentos de deliberação em fóruns imparciais se daria pelo resultado a que se espera alcançar, retomando a possibilidade de decisões arbitrárias quanto a definição dos direitos.

Desta forma, a doutrina do constitucionalismo político parte da premissa de que tudo na vida social se relaciona com a esfera política dos indivíduos em

---

<sup>47</sup> BELLAMY, Richard. **Political Constitutionalism: A Republican Defense of the Constitutionality of Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 145.

<sup>48</sup> Ibid.

<sup>49</sup> BELLAMY, Richard. Op. Cit., p. 148.

<sup>50</sup> Dessa forma, Bellamy repudia a perspectiva de direitos fundamentais como direitos naturais, uma vez que de acordo com o autor esta perspectiva se vincula com decisões morais acerca dos traços fundamentais da humanidade. Habermas indica que se trata, na verdade, de um problema inerente à modernidade, caracterizada por um irreduzível pluralismo entre as diferentes concepções de bem na sociedade. KOZICKI, Katya. Democracia deliberativa: a recuperação do componente moral na esfera pública. **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, v. 41, p. 43-57, 2005, p. 46.

<sup>51</sup> BELLAMY, Richard. Op. Cit., p. 150,

sociedade<sup>52</sup>. Assim, o princípio da liberdade excede a perspectiva liberal, que o define como uma não interferência do Estado, e se vincula a uma perspectiva republicana, em que a liberdade é exercida somente quando não houver dominação, sendo a política inerente a qualquer decisão que envolva direitos fundamentais<sup>53</sup>.

Nesta mesma linha segue GOLDSWORTHY, ao defender que o princípio do Estado de Direito não é incongruente com a supremacia do *rule of law*, e por isso não pode ser superior a ele, uma vez que o *rule of law* é na verdade um ideal político, que não deriva do *common law* como defendido pelos doutrinadores do constitucionalismo jurídico<sup>54</sup>.

Dessa forma, entende-se que o Estado de Direito convive com outros ideais políticos que pautam o ordenamento jurídico, como a ideia de democracia, justiça, equidade e respeito aos direitos humanos. Nesta perspectiva, o autor define que o *rule of law* excede a simples legalidade, ou seja, não se relaciona somente com a promulgação de normas não retroativas, claras, estáveis e públicas<sup>55</sup>, indicando, todavia, que isso não impede a sua consideração à luz da supremacia do Parlamento. Em outras palavras, a supremacia do Parlamento não se vincula necessariamente com o princípio estrito da legalidade, uma vez que a noção política do Estado de Direito requer a consideração de outros valores que não os procedimentais<sup>56</sup>.

Destarte, definir a Constituição britânica como política implica na afirmação de que o parlamento é ilimitado pelo direito, mas convive com limitações das forças políticas que envolvem o exercício de seu poder. Neste sentido, indica OLIVER ao afirmar que o exercício de muitos poderes do Estado é regulado pela política, pelos procedimentos, pelos valores políticos, e pelas relações entre parlamentares, partidos políticos e o povo<sup>57</sup>.

<sup>52</sup> Esta premissa, se vincula também com a desvinculação entre política, liberdade e domínio, trabalhada por Hannah Arendt. Neste sentido, ver: ARENDT, Hannah. Crises da República. Trad. José Volkmann. 2.ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2004.

<sup>53</sup> Ibid. p. 159.

<sup>54</sup> GOLDSWORTHY, Jeffrey. Parliamentary Sovereignty..., p. 58.

<sup>55</sup> Ibid., p.63.

<sup>56</sup> KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia M. de Queiroz. Jurisdição Constitucional: Entre Constitucionalismo e Democracia. **Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis**, v. 29, n. 56, p.151-176, jun. 2008. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2008v29n56p151>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

<sup>57</sup> OLIVER, Dawn. The United Kingdom. In: OLIVER, Dawn; FUSARO, Carlo. **How Constitutions Change: A Comparative Study**. Oxford: Hart Publishing Ltd, 2011. Cap. 15. p. 332.

Esta premissa tem por base a crítica de GRIFFITH acerca da possibilidade de adoção de Cartas de Direitos para a defesa de direitos fundamentais através da imposição de limites judicialmente postos ao Poder Legislativo. GRIFFITH rejeita a análise constitucional que tem por foco o conceito de direitos fundamentais, como algo posto, uma vez que entende que estes direitos são na verdade reivindicações políticas de determinados indivíduos e grupos sociais<sup>58</sup>. Ainda, o autor defende que o direito não está desvinculado da política, assim como não é superior a ela, se tratando somente uma das diversas formas do discurso político<sup>59</sup>.

Dessa forma, o autor entende que a adjudicação de reivindicações políticas transfere o poder decisório político para os juízes, transformando a disputa política em uma disputa do significado jurídico dos termos que positivam os direitos fundamentais, que será resolvida somente por juízes<sup>60</sup>. A problemática dessa transferência se relaciona com a *accountability* político destas decisões, uma vez que juízes não respondem por suas decisões políticas da mesma forma que parlamentares<sup>61</sup>.

O constitucionalismo jurídico não nega o caráter político da Constituição britânica, considerando que ela não se estrutura em um documento escrito. Contudo, de acordo com o entendimento jurídico, o parlamento não é soberano, pois convive com o *rule of law* e com o direito não escrito do *common law*. Dessa forma, diferente de GRIFFITH que concebe direitos fundamentais como reivindicações políticas, que se positivam somente com o apoio do parlamento, aqueles que defendem uma concepção jurídica da Constituição concebem os direitos fundamentais como decorrências do estado de direito e do *common law*, considerando os princípios da liberdade e equidade.

O embate entre estas duas conceituações da natureza da Constituição britânica implica em posicionamentos diferenciados quanto a relação entre o direito estatutário e o direito jurisdicional criado pelas Cortes (*common law*), assim como a forma de interpretação utilizada pelos magistrados no momento de aplicação do direito estatutário. Desta feita, parte-se para uma análise aprofundada da doutrina e do princípio que informam as duas concepções do constitucionalismo britânico, a dizer,

---

<sup>58</sup> GRIFFITH, J.A.G. *The Political Constitution...*, p. 17.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>60</sup> *Idem.*

<sup>61</sup> Isto porque o constitucionalismo político tem por base o princípio republicano, que por sua vez, se vincula com o ideal do *accountability* das decisões políticas tomadas pelos representantes do povo. Nesse sentido: TOMKINS, Adam. **Our Republican Constitution**. Oxford: Hart Publishing, 2005, p. 64-65.

a Doutrina do *Stare Decisis* (*common law*) e o princípio da Soberania do Parlamento, para então analisar os impactos contemporâneos do *Human Rights Act* na relação entre o *common law* e o Parlamento.

## 1.2. O COMMON LAW E O SISTEMA CONSTITUCIONAL BRITÂNICO

Como indicado anteriormente, dentre as fontes do direito constitucional britânico, os precedentes e o Direito criado pelas Cortes são centrais para a estrutura constitucional, mesmo que balizadas pelos estatutos Parlamentares. A perspectiva de um direito comum na Inglaterra partiu do pluralismo jurídico evidente no momento da invasão normanda em 1066. Naquele período histórico, ao menos três sistemas legais competiam entre si e regulavam a sociedade. Primeiro havia o direito exercido pelas diferentes comunidades britânicas, o segundo era o direito canônico, trazido pelos normandos, e o terceiro era o direito que passava a ser aplicado através das Cortes do Rei<sup>62</sup>.

A Doutrina do *Stare Decisis* prescreve que casos iguais devem ser tratados de forma igual, enaltecendo os princípios de coerência, integridade e equidade do direito. O precedente, enquanto fonte de direito, não se limita apenas à decisão do caso que vincula as partes, mas sim ao princípio jurídico tutelado e delineado pelo esforço hermenêutico da corte. Por isso que não são todos os casos que, ao serem decididos, vinculam a comunidade jurídica e produzem uma nova norma. Nesse aspecto que o juiz americano Ruggero J. ALDISERT<sup>63</sup> afirma que o precedente é uma decisão judicial que vincula uma consequência jurídica específica a um conjunto posto de fatos previamente analisados pela Corte ou por Tribunal de maior hierarquia. A doutrina da *stare decisis* seria, neste aspecto, a prática de respeitar o precedente, mesmo no momento de sua superação.

A premissa, portanto, é de que casos decididos no passado deverão servir de base para decisões a serem tomadas no futuro, considerando a similitude dos casos.

<sup>62</sup> A conquista dos normandos deu início ao período feudal inglês, com a centralização do governo e da administração da justiça. O *common law* era o direito criado pelas Cortes Reais de justiça que era comum a todos os cidadãos ingleses, independente de costume locais. BARBOZA, Estefânia M. de Queiroz. Op. cit. p 40-41.

<sup>63</sup> ALDISERT, Ruggero. **Precedent: What It Is and What It Isn't; When Do We Kiss It and When Do We Kill It?** 17 Pepp. L. Rev. 3 (1990) Disponível em: <<http://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol17/iss3/2>>. Acesso em: 28/06/2015.

Contudo, identificar um precedente depende da consideração de suas similaridades e características relevantes, sendo estas sopesadas pela sua relevância<sup>64</sup>.

A força vinculante do precedente se encontra na sua *ratio decidendi*, ou seja, a razão utilizada pela corte para decisão. Os precedentes possuem justificações ou racionalidades que definem o resultado da decisão. Portanto, distingue-se o precedente de uma simples decisão da corte quando se observa elementos que permitem a abstração dos fundamentos jurídicos trazidos na decisão para sua aplicação em casos futuros.

O conceito da *ratio decidendi* tem definição controversa na doutrina jurídica dos sistemas legais de *Common Law*. O entendimento acerca o que a *ratio* é, como fonte de autoridade do precedente, e como ela deve ser encontrada, dentre todos os argumentos trazidos pelo juiz na decisão, encontra diversos problemas devido ao peso argumentativo desta no caso concreto<sup>65</sup>.

Em 1930, Arthur GOODHART prescreve que o precedente em si não gera vinculação, mas sim os elementos vinculativos do mesmo. A partir disso, ele define que a *ratio decidendi* deve se distinguir da *obiter dicta* do precedente criado na solução do litígio, sendo a *ratio* aquilo que vinculará efetivamente os juízes em casos semelhantes.<sup>66</sup> Partindo dessa premissa, o autor prescreve que a *ratio decidendi* é definida pelos fatos materiais do caso, como definidos pelo juiz, e a decisão alcançada. A escolha dos fatos materiais denuncia o princípio<sup>67</sup> do caso em tela, sendo este vinculante.

Contudo, o termo “*ratio decidendi*” é um tanto controverso porque a razão que o juiz utiliza para a sua decisão nem sempre reflete expressamente o princípio inerente ao caso, e, portanto, nem sempre tem força vinculante. Dessa forma, para a análise do caso e da norma jurídica por ele expressa, é necessário que sejam estudados os fatos materiais como vistos pelo magistrado e a conclusão que ele chegou os

---

<sup>64</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer**: A new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 44.

<sup>65</sup> DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. New York: Cambridge University Press, 2008. pg. 68-69.

<sup>66</sup> GOODHART, Arthur L. **Determining the Ratio Decidendi of a Case**. The Yale Law Journal, v. 40 n. 2, dez. 1930

<sup>67</sup> A noção de princípio tomada neste trabalho se vincula à definição de DWORKIN, destrinchada no presente trabalho no capítulo 3.3 (ver nota 228). Ainda, sobre a definição de princípios no direito brasileiro, ver: ILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais**, São Paulo, v. 1, n. 1, p.607-630, jun. 2003. Disponível em: <[http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios\\_e\\_regras.pdf](http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf)>. Acesso em: 03 abr. 2015.

interpretando. Não se deve focar apenas nos fatos em si, mas na escolha deles como indispensáveis para a solução da controvérsia.

Contudo, como indica DUXBURY<sup>68</sup>, a definição dos fatos materiais e a conclusão alcançada pela corte são insuficientes para se identificar as razões para a decisão precedente da corte, uma vez que não se estabelece qual foi o nível de abstração utilizado pelo magistrado em sua análise hermenêutica. A decisão da materialidade dos fatos pretende dirimir a problemática, porém uma vez que o que distingue um fato material de um imaterial e, portanto, define a composição da *ratio*, é algo externo ao precedente (externo à racionalidade utilizada pelo magistrado), o que ocorre é a vinculação pela norma (lei ou estatuto) que define a materialidade, não a vinculação pelo precedente.

Se a norma que distingue fatos materiais e imateriais estiver dentro do precedente, elaborado pelo magistrado, se permite um nível de discricionariedade amplo, em que os magistrados podem construir similaridades e desconstruir *rationes* para melhor defender a sua decisão do caso, sem vincular-se às decisões pretéritas.

Rupert CROSS e J.W HARRIS concebem um conceito diferenciado acerca a *ratio decidendi* de um caso. Esses autores contradizem GOODHART ao definir que a *ratio* de um caso pode ser qualquer “*rule of law*” tratada de forma implícita ou explícita pelo magistrado como um passo necessário para se alcançar a decisão.<sup>69</sup> Leva-se em conta a linha de raciocínio adotada pelo juiz, e a partir dela se extraem quaisquer fatos, ocorrências, situações que sejam indispensáveis para o julgamento da questão.

A seu turno, MACCORMICK estabelece três diferentes modelos de justificação da racionalidade por precedentes e da sua vinculação<sup>70</sup>. Primeiro, há um modelo de analogia, que justifica a utilização de precedentes na argumentação como analogias indutivas de conduta. Dessa forma, considera-se que as decisões pretéritas funcionam como ensinamentos do passado, através de destacadas similaridades entre o caso presente e a decisão utilizada na analogia.

<sup>68</sup> DUXBURY, op. cit., p.78 – 87.

<sup>69</sup> CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **Precedent in English Law**. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2004., p. 72 et seq.

<sup>70</sup> MACCORMICK, Neil. **The Significance of Precedent**. *Acta Juridica*, Cape Town, v. 1, n. 1, p.174-187, dez. 1998. Anual. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/actj1998&div=18&id=&page;=>>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

Esse primeiro modelo não é suficiente para a definição do elemento vinculante do precedente, uma vez que no método analógico há liberdade de escolha das similaridades entre a decisão pretérita que servirá de base para a analogia construída e o caso presente<sup>71</sup>. Contudo, a corte que se submete ao *stare decisis*, não possui liberdade para escolher qual precedente vai ser aplicado a seu caso. No raciocínio analógico, tem-se uma variedade de escolhas entre várias fontes analógicas que poderão incidir no caso trazido à corte de maneiras distintas. Neste aspecto, SCHAUER indica:

Perhaps the most striking difference between precedential constraint and the classic case of reasoning by analogy is the typical lack of freedom that a follower of precedent perceives in the selection of the precedent. Whereas analogical reasoners are widely understood to have a choice among various candidate source analogs, such freedom is typically absent with respect to the genuine constraints of precedent.<sup>72 73</sup>

O segundo modelo de justificação da força vinculante do precedente trazido por MACCORMICK é denominado de “modelo de vinculação formal”. Neste, entende-se que o precedente explicita uma norma jurídica que vincula as Cortes futuras definitivamente. A mitigação da “*binding force*” do precedente só é possível quando as Cortes conseguem distinguir o caso presente da *ratio decidendi* precedente (*distinguishing*) ou revogá-la (*overruling*)<sup>74</sup>.

<sup>71</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer...**, Op. cit., p. 90

<sup>72</sup> Ibid. Trad. Livre: “Talvez a diferença mais notável entre a restrição causada pelo precedente e o caso clássico de raciocínio por analogia é a típica falta de liberdade que alguém vinculado a um precedente tem na seleção do precedente. Enquanto aqueles que argumentam sob a lógica da analogia possuem o amplo entendimento de poderem escolher entre vários casos análogos, essa liberdade é tipicamente ausente no que diz respeito aos verdadeiros condicionalismos do precedente.”

<sup>73</sup> Neste sentido, também afirma DWORKIN ao analisar criticamente o modelo de regras positivista e definir a distinção entre princípios, regras e as formas de adjudicação. Afirma o autor que ao revogar um precedente, ou se distanciar das supostas intenções do legislador, alterando o significado de uma norma, não serão todos os princípios que igualmente poderão justificar a mutação. Nas palavras de DWORKIN: “There must be some principles that count and others that do not, and there must be some principles that count for more than others. It could not depend on the judge’s own preferences amongst a sea of respectable extra-legal standards, any one in principle eligible, because if that were the case we could not say that any rules were binding”. Em trad. livre: “Devem haver princípios que contam e outros que devem ser desconsiderados, assim como deve haver princípios que contam mais que outros. A distinção entre os princípios, todos em tese aplicáveis, não pode depender nas preferências pessoais do juiz, uma vez que se assim fosse, não poderíamos dizer que as normas eram obrigatórias. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 37.

<sup>74</sup> A doutrina do *stare decisis* protege a integridade do direito mesmo no momento em que o precedente não é aplicado pela corte. A distinção (*distinguishing*) de um precedente é feita quando um juiz aponta a diferença entre os fatos materiais considerados no precedente, assim como a inaplicabilidade da norma jurídica tutelada pela decisão anterior. No mesmo sentido, a revogação do precedente implica na constatação, pela Corte, de que a interpretação do princípio jurídico enaltecido anteriormente não mais se coaduna com a moralidade política da sociedade. DUXBURY, Neil. Ibid., 113.



Nesse paradigma, MACCORMICK traz uma definição de *ratio decidendi* que se assemelha com a de CROSS e HARRIS, porém a modifica substancialmente<sup>75</sup>. O autor define que a *ratio* é qualquer decisão do juiz, tratada implícita ou explicitamente, que se mostra suficiente para a solução do problema trazido pelas partes<sup>76</sup>. Dessa forma, a aplicação da *ratio decidendi* deverá se ater a aspectos do momento decisório, como o contexto político e social do momento da decisão, a interpretação feita dos textos normativos e o impacto da decisão na sociedade. Também, MACCORMICK rejeita a possibilidade de criação de múltiplas *rationes decidendi* por um mesmo juízo singular em um precedente, uma vez que a *ratio* se expressa em uma decisão suficiente para a solução do caso<sup>77</sup>.

Por fim, o terceiro modelo de justificação racional para a vinculação por precedentes pensado por MACCORMICK é aquele que se atenta aos princípios jurídicos inerentes à atuação judicial no caso concreto. O modelo do princípio exemplificativo tem como premissa o entendimento de que o precedente, em relação ao seu contexto factual, apresenta um princípio jurídico que pode ser relevante para casos futuros, sendo este o elemento que compõe a *ratio decidendi* e permite a força vinculante da decisão.

Dessa forma, é possível relacionar o modelo de justificação por princípios ao estudo de DWORKIN acerca da força vinculante dos precedentes. Como explica DWORKIN, é inerente à prática de precedentes, o conceito de coerência na argumentação jurídica, o que permeia a atuação da corte no momento de fundamentação da decisão, sendo necessária não só a coerência com a decisão judicial precedente, mas também com os princípios que a fundamentaram<sup>78</sup>.

Dessa forma, DWORKIN constrói um conceito principiológico acerca da *ratio decidendi*, se preocupando menos com as escolhas do magistrado ao decidir o caso, e mais com o Direito ou norma jurídica, que está sendo expressa. Por isso, o autor explicita que o precedente possui duas características distintas, uma se trata de sua força vinculativa, e outra se remete a sua força gravitacional. O precedente promulga

---

<sup>75</sup> SILTALA, Raimo. **A Theory of Precedent: From Analytical Positivism to a Post-analytical Philosophy of Law**. Oxford: Hart Publishing, 2000, p. 86.

<sup>76</sup> MACCORMICK, Neil. **Rhetoric And The Rule Of Law: A Theory Of Legal Reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 153.

<sup>77</sup> SILTALA, Raimo. Op. cit., p. 87.

<sup>78</sup> Em tradução livre: “Coerência aqui significa, por certo, coerência na aplicação do princípio que se tomou por base, e não apenas na aplicação da regra específica anunciada em nome desse princípio”. DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 159.

uma razão jurídica, ao mesmo tempo que estabelece a mesma de forma gravitacional para outras decisões em casos futuros e análogos.<sup>79</sup> A força gravitacional do precedente, explica o jurista, se baseia nos princípios de justiça e equidade, sob o preceito máximo de que casos parecidos devem ser tratados de maneira parecida (*treat like cases alike*).

A equidade que se pretende nas decisões não significa apenas tomar decisões semelhantes em casos semelhantes, mas também adotar os mesmos princípios que as fundamentaram. Logo, não apenas a *ratio decidendi*, compreendida como os fundamentos da decisão, irá vincular casos futuros, mas os princípios subjacentes a ela, devendo o juiz limitar ou ampliar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões<sup>80</sup>.

Dessa forma, “só terão força gravitacional as decisões baseadas em princípios. As decisões utilitaristas, que se baseiam em argumentos de política não terão qualquer força gravitacional”<sup>81</sup>, enaltecendo o *common law* como fonte jurídica de princípios normativos.

Ainda, a importância do *common law* para o constitucionalismo britânico também se remete à consideração de princípios não reconhecidos positivamente pelo Parlamento, mas que adentram ao conceito do Estado de Direito. Neste sentido afirma ALLAN, que por meio dos precedentes, juízes e Cortes definem parâmetros mínimos de equidade e devido processo, estando estes tutelados pela concepção de direito não escrito do *common law*. O autor define que esta concepção se remete a um conceito diferenciado do direito, entendendo este como instituição que pressupõe o respeito à dignidade da pessoa humana e à autonomia na condução de deveres públicos<sup>82</sup>.

Contudo, não são apenas os precedentes que definem e dão conteúdo ao direito constitucional britânico. Central para o sistema constitucional britânico está o princípio da Soberania do Parlamento, assim como o European Union Act de 1972

<sup>79</sup> DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977. pg. 110-123.

<sup>80</sup> Ibid., p. 177.

<sup>81</sup> BARBOZA, Estefânia M. de Queiroz. Op. cit. p. 246.

<sup>82</sup> ALLAN, T.R.S. **Constitutional Justice and the Concept of Law**. In HURCROFT, Grant (Ed.). **Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory**. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 220.

(ECA, 1972) e o *Human Rights Act* de 1998 (HRA, 1998), que alteraram consideravelmente o paradigma constitucional no fim do século XX.

### 1.3. A SOBERANIA DO PARLAMENTO E O HUMAN RIGHTS ACT

O princípio da soberania do Parlamento se erigiu no Reino Unido através do gradual enfraquecimento do poder monárquico na estrutura do Estado inglês. Isto se deu por uma alteração no sentido dado à instituição do Parlamento, que passou de uma interpretação monárquica<sup>83</sup>, em que o Rei era entendido como a autoridade legislativa do Reino (tendo a *House of Commons* e a *House of Lords* apenas papel consultivo), para uma perspectiva institucional, que considerava o papel das Casas parlamentares, atuando em nome da aristocracia e do povo, no exercício da autoridade legislativa conjuntamente com o monarca<sup>84</sup>.

Ao fim da Revolução Gloriosa, o Parlamento estabeleceu a sua autoridade através do *Bill of Rights* e do *Act of Settlement*, estabelecendo um sistema majoritariamente parlamentarista que estabelecia poucas prerrogativas à Coroa. Tratou-se da tomada do poder pela classe aristocrática, uma vez que a *House of Lords* dominava o cenário político e jurídico, exercendo também poder jurisdicional, à medida que se estabelecia como corte de vértice e última instância de apelação do Judiciário inglês.

No início do século XX, as reformas parlamentares e a expansão do direito ao voto permitiram o aumento da autoridade política da *House of Commons*, que se

---

<sup>83</sup> Durante a monarquia dos Tudors, o Parlamento passou a ter predominância no contexto jurídico inglês, uma vez que Henrique VIII e Elizabeth I utilizaram o órgão para estabelecer o poder soberano da Coroa, em detrimento da Igreja e do direito canônico. Neste primeiro momento, a concepção da soberania do Parlamento, expressa na ideia do *king in parliament* se vinculava ao princípio monárquico (*royalist*) em que o Poder Legislativo era do monarca, que se expressava somente com a aprovação e consulta dos comuns e dos lordes. Apenas em um segundo momento a *House of Commons* e a *House of Lords* passou a exercer o Poder Legislativo em conjunto com a Coroa, quando o conceito do *king in parliament* se objetivou, considerando uma Constituição estamental que tinha como preceito uma monarquia parlamentarista, controlada pelos representantes dos estamentos da sociedade. Dessa forma, após a dinastia Tudor, a atuação do Monarca passou a ser conformada pela autoridade do Parlamento, fazendo do Ato Parlamentar a expressão do direito de maior hierarquia no sistema. GOLDSWORTHY, Jeffrey. *The Sovereignty Of Parliament...*, p.9. LOUGHLIN, Martin. **The British Constitution: A very short introduction**. Oxford: Oxford University Press, 2013., p. 74. FIORAVANTI, Maurizio. *Stato e Costituzione*. In: FIORAVANTI, Maurizio. *Estado y Constitución*. In: **Lo Stato Moderno in Europa: istituzioni e diritto**. Roma: Laterza, 2002, p. 31.

<sup>84</sup> BRADLEY, A.W.; EWING, K.D. **Constitutional and Administrative Law**. 14. ed. Harlow: Pearson Longman, 2007, p. 51.

vinculou ao controle do Poder Executivo no respeito da vontade e seu eleitorado<sup>85</sup> e permitiu um maior distanciamento da política britânica aos interesses aristocráticos.

Nesta perspectiva, DICEY define a soberania do Parlamento através de dois critérios, um positivo e outro negativo. O critério positivo estabelece que o Parlamento possui a competência de criar ou revogar qualquer lei que definir como válida, enquanto que o critério negativo estabelece que nenhuma pessoa, ou instituição possui a competência de revogar ou não aplicar a legislação parlamentar<sup>86</sup>. Dessa forma, ambos os critérios indicam o mesmo princípio, qual seja, o de que a soberania do Parlamento implica na impossibilidade de qualquer agente, ou instituição, revogar um estatuto promulgado pela instituição ou determiná-lo inválido.

A soberania do Parlamento, portanto obriga que as Cortes reconheçam a validade de todas as normas promulgadas pelo Parlamento, inclusive quando os magistrados entendem que estas não estão de acordo com um dever moral ou com outros princípios derivados do *common law*<sup>87</sup>. Outra consequência da soberania do Parlamento é a impossibilidade deste promulgar atos imutáveis, uma vez que por ser soberano, o Parlamento não se vincula aos atos parlamentares promulgados por seus predecessores<sup>88</sup>.

A partir dessa concepção da soberania do Parlamento, DICEY definiu a interpretação dada aos direitos individuais no contexto constitucional britânico. Indica o autor que estes direitos são residuais das limitações feitas pelo Parlamento e pelo Executivo<sup>89</sup>. Dessa forma, os princípios fundamentais do direito não deveriam ser positivados em uma Bill of Rights ou em uma Constituição, como normas supremas do sistema, uma vez que a liberdade poderia ser protegida tanto pelo *common law* quanto pelo Parlamento.

Uma das funções do Parlamento seria justamente a fiscalização do Poder Executivo, de forma que impedisse a restrição da liberdade dos cidadãos de forma demasiada, uma vez que a liberdade já era, em tese, garantida<sup>90</sup>. Os direitos humanos, portanto, eram considerados negativamente, expressos por uma norma do

---

<sup>85</sup> BRADLEY, A.W.; EWING, K.D. Op. Cit., p. 54.

<sup>86</sup> DICEY, Albert Venn. **An Introduction to the Study of the Law of the Constitution**. 8. ed. London: Macmillan, 1996, p. 39-40.

<sup>87</sup> GOLDSWORTHY, Jeffrey. The Sovereignty Of Parliament..., p.10.

<sup>88</sup> DICEY, Albert Venn. Op. Cit., p. 68.

<sup>89</sup> Ibid., p. 77.

<sup>90</sup> BRADLEY, A.W.; EWING, K.D. Op. Cit., p. 420.

*common law* que estabelecia a liberdade de todos nos limites estabelecidos pelo Direito.

O princípio da soberania do Parlamento seria, portanto, considerado o ápice da proteção dos direitos no sistema constitucional britânico, uma vez que permitia o *accountability* das decisões políticas que tinham por objeto a restrição de direitos assim como o controle e supervisão das atividades do Poder Executivo<sup>91</sup>. Este, teria por base o princípio da separação dos poderes, centralizado em certa medida no Parlamento britânico, e no princípio do Estado de Direito.

O princípio do Estado de Direito abarca genericamente o conceito de que ninguém está acima do direito e que o poder político é limitado pelo Direito e pelo procedimento democrático. Partindo desta definição, GOLDSWORTHY, afirma que o *rule of law* não é incongruente com a supremacia do Parlamento, e por isso não pode ser superior a ele, uma vez que o princípio é na verdade um ideal político, que não deriva do *common law* como defendido pelos doutrinadores do constitucionalismo jurídico<sup>92</sup>.

Sendo o *rule of law* um ideal político, ele convive com outros valores que pautam o ordenamento jurídico, como a ideia de democracia, justiça, equidade e respeito aos direitos humanos. O entendimento de que o Parlamento não é supremo ao exercer o Poder Legislativo, e que o estado de direito é um princípio normativo, pressupõe a existência de um criador de um direito supremo, que limitaria o Parlamento.

No Reino Unido, a perspectiva do *common law* prescreve que os limites do Parlamento estariam dispostos nos costumes imemoriais e não em normas escritas criadas pelo homem. GOLDSWORTHY entende que essa premissa seria verdadeira somente se estes costumes fossem apenas declarados, e não criados, pelos juízes ao exercerem a sua função jurisdicional<sup>93</sup>. Ainda, uma Constituição pautada em costumes só seria factível se os juízes pudessem selecionar alguns costumes para que fossem alterados ou abolidos, impedindo um sistema estático e conservador que não considerasse novas percepções e realidades sociais e políticas.

---

<sup>91</sup> VICK, Douglas W. Op. cit., p. 341-344.

<sup>92</sup> GOLDSWORTHY, Jeffrey. Parliamentary Sovereignty..., p. 58.

<sup>93</sup> Ibid., p. 69.

A partir desta premissa, o autor indica a impossibilidade de se conceber um sistema governado somente pelo direito. Hobbes<sup>94</sup> define que na base de todo sistema jurídico moderno deve haver um criador do direito que seja capaz de fazer os julgamentos morais que invalidarão ou não os costumes sociais da comunidade<sup>95</sup>. Ou seja, em tese, na base do sistema jurídico restaria um poder de criação do direito, limitado somente pelas leis naturais que governam os homens em sociedade<sup>96</sup>, o que implica na impossibilidade de se imaginar um governo que seja plenamente de direito<sup>97</sup>. Havendo, portanto um governo de homens na base do sistema jurídico, e considerando outros ideais políticos do paradigma moderno, como o ideal de democracia, o princípio da supremacia do Parlamento prevê que o povo, por meio de seus representantes eleitos, sejam os responsáveis pelas decisões fundamentais que acarretaram a limitação do Poder Legislativo ordinário, não as Cortes<sup>98</sup>.

HART contesta a existência de um criador do direito soberano nos termos de HOBBS, indicando que o soberano não é condição necessária para a existência do Direito<sup>99</sup>. Afirmo o filósofo que as normas fundamentais do sistema jurídico passam a existir a partir de um acordo entre os membros de uma comunidade, que se dá pela promulgação de uma Constituição, ou pelo gradual desenvolvimento dos costumes. Em qualquer destas situações, a existência das normas depende de sua aceitação, enquanto normas jurídicas vinculantes, pelas autoridades do Estado, ou seja, aqueles que lhes dão efetividade. A norma fundamental seria, portanto, a regra de reconhecimento que permite a definição, pelas autoridades do direito, da validade das normas do sistema<sup>100</sup>.

GOLDSWORTHY acata a crítica de HART, definindo que no Reino Unido as autoridades do sistema reconhecem como juridicamente válidos todos os estatutos promulgados pelo Parlamento, indicando inclusive que são obrigados a fazê-lo. Dessa forma, o autor entende que a soberania do Parlamento, ou, a inexistência de qualquer

<sup>94</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã**: Ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<sup>95</sup> GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Parliamentary Sovereignty*..., p. 70.

<sup>96</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã**: Ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 112-113.

<sup>97</sup> GOLDSWORTHY, Jeffrey. *The Sovereignty Of Parliament*..., p.236.

<sup>98</sup> GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Parliamentary Sovereignty*..., p. 70.

<sup>99</sup> HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 68

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 61-78.

limite jurídico ao Poder Legislativo, compõe a Regra de Reconhecimento do sistema jurídico britânico, em que pese o ideal político do Estado de Direito<sup>101</sup>.

Ainda, mesmo não havendo nenhum limite jurídico à soberania do parlamento, o seu exercício do poder é limitado politicamente. Nestes termos indica OLIVER, ao afirmar que diversos limites políticos foram se tornando normatizados em documentos de *soft law* e atos normativos do Poder Executivo. Neste sentido, a soberania do Parlamento garante a estabilidade da Constituição britânica através de resoluções, memorandos, acordos de coalizão, e convenções constitucionais<sup>102</sup>.

Esta concepção da soberania do Parlamento, contudo, começou a sofrer alterações com a inclusão do Reino Unido na União Europeia, assim como a alteração do paradigma referente aos direitos e liberdades fundamentais no contexto jurídico do Reino Unido, que passaram a ser tratados positivamente pelo direito britânico após a promulgação do *Human Rights Act*.

Isto se deu porque a perspectiva residual dos direitos individuais, através da consideração de uma norma jurídica derivada somente do *common law*, passou a apresentar dificuldades. Primeiro porque, a norma do *common law* não estabelecia a liberdade somente aos cidadãos, mas incluía também o poder do Estado, de forma que a administração passasse a exercer a sua liberdade para violar a liberdade individual, mesmo que não possuísse essa capacidade formalmente. Segundo, a liberdade individual poderia ser gradualmente revogada, uma vez que o *common law* apenas previa a existência dos direitos individuais, sem estabelecer mecanismos para a sua proteção, sendo o método do *common law* pouco eficaz frente às restrições de liberdade promulgadas pelo Poder Legislativo<sup>103</sup>.

Por fim, uma terceira dificuldade se remete ao declínio do poder do Parlamento, assim como a alteração em sua função institucional. Como explicam BRADLEY e EWING, à época em que DICEY descreveu o caráter residual das liberdades e direitos fundamentais, o Parlamento concentrava muito poder e controle, o que permitia o exercício de sua função como órgão regulador da administração e

<sup>101</sup> GOLDSWORTHY, Jeffrey. *The Sovereignty Of Parliament...*, p.238.

<sup>102</sup> OLIVER, Dawn. *Op. Cit.*, p.333. Quanto aos limites da soberania, Hart também indica que o princípio da soberania apenas indica a inexistência de limites jurídicos ao soberano. Dessa forma afirma o autor: “ (...) the sovereign may in fact defer, in exercising legislative power, to popular opinion either from fear of the consequences of flouting it, or because he thinks himself morally bound to respect it.”. Em trad. livre: “ (...) O soberano pode ceder, em seu exercício legislativo, à opinião pública, seja por medo das consequências de rejeitá-la, seja porque ele se vê moralmente obrigado a respeitá-la.”. HART, H.L.A. *Op. Cit.*, p. 66-67.

<sup>103</sup> BRADLEY, A.W.; EWING, K.D. *Op. Cit.*, p. 421.

dos governos<sup>104</sup>. O Executivo era escolhido pelo Parlamento, e cabia a este regular a relação entre o eleitorado e a administração. Este paradigma se alterou com o aumento do sistema partidário, permitindo um maior controle da *House of Commons* pelo governo, sendo que as suas propostas legislativas passaram, em sua maioria, a ser apoiadas pelo Parlamento, em que pese se tratassem de iniciativas que comprometem a liberdade individual.

Um exemplo deste fenômeno foi o período da Era Thatcher, quando e grandes reformas do Estado alteraram o cenário político-econômico do Reino Unido, restringindo direitos e liberdades<sup>105</sup>. Durante o período entre as décadas de 1980 e 1990 a concentração do poder pelo Partido Conservador, combinado com uma fraca oposição do Partido Trabalhista, tornou possível o estabelecimento de uma política voltada a uma ideologia de mercado neoliberal que descartava e impedia o reconhecimento de direitos sociais<sup>106</sup>.

Aliado a estes problemas, desde a década de 1960 iniciou-se um debate acerca da adoção de uma *Bill of Rights* britânica que tinha por objetivo positivar direitos fundamentais que seriam então tutelados pelo Judiciário. A premissa foi resistida, tanto pelos conservadores quanto pelos aliados ao partido trabalhista, não havendo consenso acerca da forma como se daria a relação entre a soberania do Parlamento, capaz de expressar a vontade da maioria, e o poder das Cortes de invalidarem legislações<sup>107</sup>.

A primeira mudança no paradigma dos direitos individuais no Reino Unido se deu, portanto, pela inserção do Reino Unido na Comunidade Europeia, o que implicou a vinculação do Reino Unido à Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH). O European Communities Act, promulgado em 1972, determinava que a Convenção fosse utilizada como instrumento hermenêutico para a leitura de normas ambíguas, assim como de instrumento para o exercício discricionário de poderes pela administração pública. Assim, o ato incorporou, parcialmente ao direito britânico todos os direitos, obrigações, responsabilidades e restrições derivadas do Direito Comum

---

<sup>104</sup> Ibid.

<sup>105</sup> TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights**: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law. Princeton: Princeton University Press, 2008., p. 28.

<sup>106</sup> O ideal dos direitos sociais no Reino Unido tinha por base uma concepção de política hierárquica, em que a elite britânica no poder aceitava sua posição favorável acatando uma obrigação social. Vick define este consenso da classe governante como uma noção de *nobless* oblige. VICK, Douglas W. Op. cit., p. 348.

<sup>107</sup> Ibid. p. 346-347.



Europeu e seus tratados, estabelecendo a supremacia do direito Europeu sobre as normas internas do Reino Unido<sup>108</sup>.

Contudo a força da Convenção era limitada pela doutrina constitucional do dualismo, que separa o direito nacional do internacional. Em vista do princípio da soberania do Parlamento, essa doutrina estabelece que tratados internacionais não podem alterar leis internas pois dessa forma se permite a invasão do Poder Executivo nas prerrogativas parlamentares<sup>109</sup>. Dessa forma, os direitos positivados na Convenção só podiam ser reclamados pelos cidadãos britânicos quando esgotados os recursos jurídicos internos do país, devendo o peticionante levar a questão a Corte Europeia dos Direitos Humanos, em Estrasburgo, o que dificultava a tutela dos direitos<sup>110</sup>.

Neste paradigma, o movimento a favor de uma Carta de Direitos que positivasse direitos fundamentais no sistema jurídico nacional ganhou força no cenário político britânico. Dessa forma, a gestão do partido trabalhista, liderada por Tony Blair, propunha uma revolução constitucional<sup>111</sup>, através da incorporação dos direitos da Convenção Europeia dos Direitos Humanos ao direito interno britânico, ainda que mantendo, em certa medida, o princípio da soberania do Parlamento<sup>112</sup>.

O *Human Rights Act* concilia a positivação de direitos fundamentais e a sua tutela através do Judiciário<sup>113</sup>, com o princípio da supremacia do Parlamento. De acordo com o programa de governo, a legislação foi promulgada com o intento de servir de instrumento interpretativo de toda a legislação britânica, não para revogar parte dela. Diferente do *European Communities Act* de 1972, o HRA identifica direitos na Convenção e os positiva enquanto princípios do Direito Britânico. Estes direitos

<sup>108</sup> BRADLEY, A.W.; EWING, K.D. Op. Cit., p. 140-149; 333.

<sup>109</sup> VICK, Douglas W. Op. cit., p.345.

<sup>110</sup> Ibid.

<sup>111</sup> A revolução constitucional se remete, não somente à incorporação dos direitos da convenção através do Human Rights Act, mas também à devolução das competências legislativas à Escócia e ao País de Gales, transformando o caráter unitário do Reino Unido assim como mitigando o princípio da soberania do Parlamento. Sobre este tema ver: GAMBLE, Andrew. The Constitutional Revolution in the United Kingdom. **Publius: The Journal of Federalism**, v. 36, n. 1, p.19-35, 1 jan. 2006. Oxford University Press (OUP). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1093/publius/pjj011>. Acesso em: 23 fev. 2016.

<sup>112</sup> VICK, Douglas W. Op. cit., p. 351.

<sup>113</sup> A princípio, a proteção dos direitos previstos na CEDH ainda era realizada no âmbito do Parlamento, uma vez que a corte de vértice do Poder Judiciário não tinha independência funcional da *House of Lords*, sendo o último grau de apelação da *Appellate Committee of the House of Lords*. Contudo, este paradigma foi alterada pela promulgação do *Constitutional Act* em 2005, que previa a criação de uma Corte Suprema, independente do Parlamento, para julgar em última instância casos que envolvessem os direitos previstos no *Human Rights Act* e na CEDH.

incluem, por exemplo, o direito à vida, a proibição da tortura e do tratamento degradante, direito à liberdade e segurança<sup>114</sup>.

O ato concilia os direitos fundamentais previstos na Convenção Europeia dos Direitos Humanos e os princípios do *common law*, definindo que Cortes e Tribunais são considerados “autoridades públicas” vinculadas ao dever de agir em conformidade e compatibilidade com os direitos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos. Dessa forma, afirma-se que o Judiciário deve dar eficácia horizontal aos direitos fundamentais previstos na Convenção ao aplicar princípios do *common law* e do direito privado<sup>115</sup>.

Assim, indica VICK que o *Human Rights Act* alterou a relação entre Parlamento e o Judiciário, através de três mudanças substanciais. Primeiro, o ato impõe a obrigação do Executivo analisar suas propostas legislativas à luz da Convenção Europeia, devendo ser declarada a sua compatibilidade com a legislação internacional. Segundo, a Seção 3 da legislação prevê que ao aplicar qualquer legislação parlamentar, as Cortes devem interpretá-las em consonância com os direitos fundamentais implementados, sendo afastada uma interpretação cognitivista do texto legal em detrimento de uma interpretação construtiva de direitos<sup>116</sup>. Dessa forma, mesmo que o Legislativo promulgue normas que desconsideram os direitos previstos na CEDH, o Judiciário terá que exercer uma interpretação conforme a estes direitos no momento da aplicação de seus princípios.

Por fim, a Seção 4<sup>117</sup> do *Human Rights Act* permite que determinadas Cortes de vértice do Judiciário emitam uma declaração de incompatibilidade da legislação em face da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Dessa forma, se um Ato do Parlamento for considerado incompatível com um *Convention Right*, a declaração não

---

<sup>114</sup> Ibid. p. 351-361.

<sup>115</sup> Antes da promulgação do *Human Rights Act*, a eficácia horizontal dos direitos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos era controversa. Richard Buxton defendia que os direitos se remetiam apenas à relação entre indivíduo e o Estado, ao passo que William Wade defendia a eficácia horizontal dos direitos humanos. Ver: BUXTON, Richard. **The Human Rights Act and Private Law**, 116 *Law Q. Ver.* 48, 49 (2000). e WADE, William. **Horizons of Horizontality**, 116 *Law Q. Ver.* 217 (2000).

<sup>116</sup> VICK, Douglas W. Op. cit., p. 355.

<sup>117</sup> Section 4(2) If the court is satisfied that the provision is incompatible with a Convention right, it may make a declaration of that incompatibility. (...) (6) A declaration under this section (“a declaration of incompatibility”) (a) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of the provision in respect of which it is given; and (b) is not binding on the parties to the proceedings in which it is made.

altera a validade e eficácia do ato, sendo a decisão transferida ao Poder Executivo, que decidirá se retificará a legislação<sup>118</sup>.

Dessa forma, mesmo não estabelecendo um controle de constitucionalidade (ou convencionalidade), o Human Rights Act amplia o poder do Judiciário no que tange a aplicação e consubstanciação de direitos fundamentais no direito britânico, alterando o paradigma da supremacia do Parlamento. Assim, o trabalho das Cortes, ao introduzirem direitos da convenção europeia e exercerem suas funções, estabelece um diálogo com as outras instituições do ordenamento, assim como com a sociedade civil, acerca dos direitos fundamentais em pauta.

Esta perspectiva dialógica entre o Parlamento e o Poder Judiciário evidencia um modo diferente de se consubstanciar a relação entre direito e política. Dessa forma, entende-se que a perspectiva política da Constituição britânica pode revelar discussões importantes acerca do paradigma constitucional brasileiro instaurado após a promulgação da Constituição Federal de 1988, assim como a forma como é relacionada a noção de precedentes no direito brasileiro, o que se pretende analisar no próximo capítulo.

---

<sup>118</sup> VICK, Douglas W. Op. cit., p. 356.

## 2. POR QUE O CONSTITUCIONALISMO DO REINO UNIDO IMPORTA PARA O BRASIL?

À primeira vista, as complexidades do sistema constitucional britânico e suas relações com o constitucionalismo brasileiro ficam pouco evidentes. Isto porque no Brasil o sistema é regido por uma Constituição escrita, pautada na supremacia de direitos fundamentais positivados no texto constitucional, o que não impede o reconhecimento de novos direitos humanos, uma vez que a própria Constituição prevê uma cláusula de abertura do sistema<sup>119</sup>.

Em que pese as diferenças estruturais, tem-se observado uma crescente aproximação entre as famílias jurídicas romano-germânicas (*Civil law*) e anglo-saxã (*Common Law*), especialmente no que tange ao direito constitucional. Isto porque, como indica Barboza, em ambos os sistemas têm se observado a estruturação de um controle material de constitucionalidade, pautado na defesa e significação de direitos humanos e fundamentais<sup>120</sup>.

O fenômeno se relaciona com uma alteração na estrutura dos sistemas de tradição-romano germânica, que se afastaram do ideal legalista e positivista do início do século XX. Antes, partia-se do pressuposto de que o significado da norma jurídica estaria contido no texto normativo, devendo o Judiciário somente aplicar a lei por meio de uma interpretação formalista, buscando o seu significado intrínseco<sup>121</sup>. Os princípios, portanto, pouco influenciavam na aplicação da lei, não se relacionando com o direito uma vez que funcionavam apenas como fundamentos para normas, sem possuir caráter normativo<sup>122</sup>.

A Constituição brasileira de 1988 inaugura uma nova ordem política e normativa, em que sua função deixa de ser entendida como um mero documento de organização e distribuição dos poderes e competências do Estado, e passa a ser compreendida como um compromisso fundamental de uma comunidade, composta

<sup>119</sup> Art. 5º, §3º, CF/1988.

<sup>120</sup> BARBOZA, Estefânia M. de Queiroz. Op. cit. p. 25. No mesmo sentido indica Hirschl: "(...) the rise of supranational rights regimes and the emerging global canon of constitutional law are increasingly defying traditional common law/civil law distinction. Although 'legal traditions' still accounts for considerable differences in modes of constitutional adjudication, reasoning, and foreign citation sources, legal families cannot explain why constitutional jurisprudence in Germany, Spain, Israel, Canada, and South Africa looks increasingly similar". HIRSCHL, Ran. **Comparative Matters: The renaissance of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 233.

<sup>121</sup> MITIDIERO. P. 37

<sup>122</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 64-65.

por pessoas que se regem pelo princípio da igualdade e liberdade<sup>123</sup>, o que garante a sua centralidade na ordenação jurídica do Estado<sup>124</sup>.

Neste sentido indica BARROSO, afirmando que antes da promulgação da Constituição de 1988, observava-se uma indiferença frente à Constituição que permitia o distanciamento entre os seus preceitos normativos e a realidade fática, havendo “no país uma patologia persistente, representada pela insinceridade constitucional”<sup>125</sup>.

Desta feita, após a promulgação da Constituição de 1988, desenvolveu-se uma doutrina da efetividade que tinha por objetivo atribuir normatividade plena à Constituição, dando-lhe aplicabilidade direta e imediata, além de contribuir para a ascensão do Poder Judiciário que passou a ter a função de concretizar os valores e direitos constitucionais<sup>126</sup>.

Nesta seara, o constitucionalismo brasileiro recebeu grande influência de CANOTILHO, que confere a normatividade à Constituição ao construir a sua teoria da Constituição dirigente<sup>127</sup>. A Constituição dirigente é aquela que estabelece diretrizes permanentes ao legislador, buscando a racionalização da política e a incorporação de uma dimensão material à legitimidade da atuação política. Dessa forma, a Constituição estabelece programas de ação para o futuro que vinculam o legislador e a política democrática, através de uma normatização da Constituição e da política<sup>128</sup>.

<sup>123</sup> BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: OAB Editora, 2008.

<sup>124</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P. 28-29. No mesmo sentido, CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma Dogmática Constitucional Emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P. 53-70.

<sup>125</sup> BARROSO, Luís Roberto. A Razão Sem Voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, 5, n. 2, 6 junho 2015. p. 24-50. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/3180>>. Acesso em: 04 jul. 2015. p. 27.

<sup>126</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P. 28-29. BARROSO, Luís Roberto. A Razão Sem Voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, 5, n. 2, 6 junho 2015. p. 24-50. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/3180>>. Acesso em: 04 jul. 2015. p. 27. No mesmo sentido, CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma Dogmática Constitucional Emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P. 53-70.

<sup>127</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1130; p. 1435-1441. Vide também: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente E a Vinculação do Legislador**. 2ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

<sup>128</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente E a Vinculação do Legislador**. 2ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 42-29. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7ªed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 51.

Contudo, a visão estritamente jurídica da Constituição de 1988 impede o reconhecimento da importância central da política democrática na concretização da Constituição. Como se reconhece no Reino Unido, as questões constitucionais são intrinsecamente políticas, de forma que a definição de seu sentido depende de sua inserção em um ambiente democrático<sup>129</sup>. Por isso que, como indica CHUEIRI, “o discurso constitucional contemporâneo se afirma pela inexorabilidade dos compromissos republicanos e democráticos que estão na sua base”<sup>130</sup>.

Este caráter político da Constituição brasileira foi esvaziado pelo fortalecimento do Poder Judiciário, órgão competente para a realização da leitura moral da Constituição, o que desestabilizou a separação dos poderes como compreendido em um sistema jurídico romano-germânico<sup>131</sup>. Assim, o paradigma legalista foi superado e passou a se vincular a uma reinterpretação de todo o direito, pautado na consideração de normas principiológicas e a leitura moral da Constituição<sup>132</sup>. Portanto, o constitucionalismo contemporâneo se caracteriza pelo resgate da relação entre Direito e Moral, inerente ao movimento crítico filosófico do pós-positivismo, que reconhece a força normativa dos princípios jurídicos, assim como de sua importância na aplicação e fundamentação da Constituição<sup>133</sup>.

Isto implica em uma concentração do poder no Judiciário, que passa a responder pela expectativa de que, por meio da aplicação das normas constitucionais, se realizem os objetivos emancipatórios previstos na Constituição<sup>134</sup>. A política democrática é, portanto, abandonada em detrimento dos juízes e Cortes que aplicarão e interpretarão a norma constitucional<sup>135</sup> através da promulgação de precedentes, partindo da premissa de que a sua atuação concretiza valores constitucionais de

<sup>129</sup> CHUEIRI, Vera Karam de. O Discurso do Constitucionalismo: governo das leis *versus* governo do povo. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. (Org.). **Direito e Discurso**. Florianópolis: Boiteux, 2006. p. 161.

<sup>130</sup> Ibid.

<sup>131</sup> SARMENTO, Daniel; PEREIRA NETO, Cláudio de Souza. Controle de Constitucionalidade e Democracia: Algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 78.

<sup>132</sup> DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. New York: Oxford University Press, 1999.

<sup>133</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 202-203.

<sup>134</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012. p. 138-139.

<sup>135</sup> Ibid., 140.

forma inequívoca, sendo a sua decisão a última palavra sobre o significado da Constituição<sup>136</sup>.

Observa-se, portanto, uma mudança na função exercida pelas Cortes no Estado Constitucional de Direito. Esta se vincula com a consideração material da Constituição, nem sempre vinculada ao texto formalmente positivado, assim como na possibilidade de criação de novos direitos através do exercício hermenêutico das Cortes. Contudo, o reconhecimento de novas funções do Judiciário brasileiro não implica na ratificação do entendimento de que as Cortes são detentoras da última palavra sobre o significado da Constituição, uma vez que este entendimento impede a concretização dos valores e princípios da Constituição à medida que abandona a política democrática que lhe dá legitimidade.

Dessa forma, assim como no Reino Unido, observa-se uma necessária relação entre o Judiciário e o Legislativo, em que o primeiro abandona a sua posição mecanicista, de mero aplicador da lei, e passa a exercer funções que se remetem à estabilidade e integridade do direito. Os precedentes criados no âmbito das Cortes, portanto, também possuem caráter normativo, e se inserem em um cenário constitucional que excede às Cortes, uma vez que se remete também a valores constitucionais intrinsecamente políticos.

Cabe, portanto, estudar a implicação da concentração do poder no Judiciário, assim como a forma em que se consubstancia o precedente constitucional brasileiro, para melhor identificar as implicações do modelo constitucional instaurado pela Constituição de 1988. Por fim, parte-se para a análise crítica das funções exercidas pelo STF enquanto Corte Suprema, assim como da relação entre o Poder Judiciário e Legislativo na definição de direitos fundamentais e interpretação da Constituição, tecendo comparações do sistema constitucional pátrio com o paradigma britânico.

## 2.1. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL E A NOÇÃO DE PRECEDENTES

O Supremo Tribunal Federal presta jurisdição constitucional e ordinária, de acordo com as competências elencadas no texto constitucional (art. 102). A jurisdição ordinária do Supremo é exercida quando a corte atua como qualquer órgão

---

<sup>136</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 326.

jurisdicional, aplicando o direito infraconstitucional em situações concretas, agindo somente como corte de apelação. A jurisdição constitucional, contudo, se traduz na interpretação e aplicação da Constituição, consagrando a sua supremacia no ordenamento jurídico nacional, de forma que a corte atua como instituição que promove a guarda da Constituição<sup>137</sup>.

Contudo, o papel da jurisdição constitucional se alterou a partir do contexto contemporâneo pós-positivista. Como indica MITIDIERO, as Cortes passaram a ter novas funções, sendo o precedente apenas o resultado de uma nova forma de adjudicação constitucional<sup>138</sup>. Explica o autor que, à vista da pretensão do Estado de Direito promover a igualdade e a segurança jurídica, o processo deixou de ter um perfil meramente subjetivo, de resolução de casos concretos para a prolação de decisão em um conflito de interesses entre particulares, passando a ter a função de propiciar a unidade do Direito, por meio da construção de precedentes<sup>139</sup>. Trata-se, portanto, de uma objetivação da jurisdição constitucional de controle difuso, uma vez que a tutela dos interesses individuais das partes, enquanto função da jurisdição se vincula à proteção da segurança jurídica do ordenamento como um todo, o que contempla não só as partes da lide, mas toda a sociedade<sup>140</sup>.

Assim, MITIDIERO distingue as formas de atuação das Cortes de vértice do Poder Judiciário, que podem exercer suas funções enquanto Cortes Superiores, ou como Cortes Supremas. As Corte Superiores se comportam como Cortes de justiça, responsáveis pela declaração de uma norma jurídica pré-existente que rege o caso concreto. Tal modelo é responsável pela aplicação da lei ao caso, de modo que sua interpretação se aplica a todos indistintamente. A interpretação possui caráter cognitivista, o qual tem como escopo descobrir o significado intrínseco da norma, devendo o juiz declarar o exato alcance desse significado<sup>141</sup>. Em outras palavras, a interpretação cognitivista se remete à um modelo legalista de Estado de Direito, em que ao Poder Judiciário cabe apenas a aplicação da lei, se vinculando ainda à

---

<sup>137</sup> A definição da supremacia judicial, ao tutelar a supremacia da Constituição, está inscrita no próprio texto constitucional. Dessa forma define o art. 102, CF/88: "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição".

<sup>138</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente. São Paulo. Revista dos Tribunais: 2013.

<sup>139</sup> Ibid. p.14

<sup>140</sup> Ibid. p.98.

<sup>141</sup> Ibid. p. 35-41.



estruturação clássica da separação dos poderes no período da Revolução Francesa<sup>142</sup>.

A interpretação cognitivista pressupõe que a norma deve ser criada pelo legislador, de modo que cabe à corte apenas atribuir um valor já outorgado à lei, preocupando-se, assim, apenas com o passado. Agindo de modo diverso estaria invadindo a competência do Poder Legislativo, criando normas jurídicas em vez de somente aplicá-las.

Em contrapartida, as Cortes Supremas são competentes para orientar a aplicação do Direito mediante a formação de precedentes, o que fazem a partir do julgamento de casos concretos, visando à unidade do ordenamento jurídico, preocupando-se, pois, com o futuro. Nas palavras de Daniel MITIDIERO:

O objetivo da corte é orientar a aplicação do Direito mediante a justa interpretação da ordem jurídica, sendo o caso concreto apenas um pretexto para que essa possa formar precedentes. (...) Como obra de reconstrução da ordem jurídica, as suas decisões podem ter sua eficácia modulada de acordo com as necessidades evidenciadas pela segurança jurídica e pela igualdade de todos perante o Direito<sup>143</sup>.

A teoria cognitivista dá lugar à teoria lógico-argumentativa da interpretação judicial, com a mitigação da vertente teórica que argumenta pelo isolamento das atividades legislativas e judiciais, estabelecendo um elo de colaboração entre as duas funções estatais. Decorrente dessa mudança de paradigma dissocia-se texto e norma, sendo a última decorrência da interpretação do texto normativo, uma outorga de significado ao texto, tomada como resultado da atividade do intérprete<sup>144</sup>.

---

<sup>142</sup> Esta perspectiva se remete à tradição romano-germânica, que teve sua gênese na Europa ocidental nos estudos dos glosadores do Código de Justiniano. A perspectiva do *civil law* partiu historicamente do estudo jurídico baseado no direito romano, sendo fundantes as perspectivas de que, a partir da sistematização, codificação e positivação de normas jurídicas, seria possível a previsibilidade de todas as situações em que a lei fosse aplicável. Daí a máxima, levada a extremos após a Revolução Francesa, de que o juiz deve ser apenas a “boca da lei”. A centralidade da lei se vincula ao movimento Iluminista, segundo o qual a lei e a vontade geral do povo não poderiam de forma alguma infringir as liberdades dos cidadãos, vez que eram expressões do princípio democrático e republicano de uma sociedade. A generalidade das propostas de criação do direito pelo poder legislativo excluiria qualquer arbitrariedade, uma vez que esse tipo de vício era associado a busca de interesses individuais. Neste sentido: MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. Do Espírito das Leis. In: **Coleção Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 91. GROTE, Rainer. Rule of law, Rechtsstaat, and Etat de Droit: The Origins of the Different National Traditions and the Prospects for their Convergence in the Light of Recent Constitutional Developments. In: STARCK, Christian (ed.), **Constitutionalism, Universalism and Democracy – a Comparative Analysis**. Nomos Verlagsgesellschaft, 1999.

<sup>143</sup> Ibid. p. 55.

<sup>144</sup> ÁVILA, Humberto. Op. Cit., p. 32-34.

Ademais, princípios jurídicos, a partir do século XX, adquiriram força normativa, cabendo ao Poder Judiciário interpretá-los e dar-lhes significado. O uso dos princípios pelo Poder Judiciário, contudo, é diferente do seu uso pelo Poder Legislativo. A partir das teorizações de GÜNTHER<sup>145</sup>, é possível afirmar que os discursos de aplicação de uma norma são distintos dos discursos de sua justificação. Tendo em vista essa tênue distinção, CHUEIRI e SAMPAIO<sup>146</sup> atentam para a aproximação dos estudos de DWORKIN e as teorias de GÜNTHER. Explicam as autoras que o discurso de justificação da norma se dá no plano de validade do texto normativo. Pelo discurso de justificação, o que vale são os interesses gerais dos destinatários da norma, não sendo possível, portanto, na atividade legislativa, encontrar todas as situações que as normas justificadas podem ser aplicadas, uma vez que o discurso de justificação se volta para generalidades e não particularidades fáticas e concretas.

Já no discurso de aplicação da norma, exercido pelos magistrados, é necessária uma adequação da racionalidade e proporcionalidade no momento da aplicação da norma. Para tanto, é analisada uma situação determinada, concreta, com todas as suas características únicas, de forma coerente com o sistema jurídico-constitucional. As decisões no plano da aplicação devem ser baseadas em relação a integridade e coerência do sistema jurídico, sendo a melhor decisão aquela baseada em princípios, pois estes permitem que a atividade jurisprudencial coerente se adeque ao ordenamento jurídico e aos princípios de igualdade e integridade<sup>147</sup>.

Dessa forma o modelo de Cortes Supremas definido por MITIDIERO implica em uma relação colaborativa entre Legislativo e Judiciário no que tange à manutenção e promoção do Estado de Direito, compreendendo que ambos possuem a função de criar e dar unidade ao direito. Desta feita, a Corte Suprema possui uma "indissolúvel ligação com a necessidade de justificação no momento da interpretação e aplicação judicial do Direito"<sup>148</sup>, uma vez que esta só se corrobora pela argumentação jurídica no caso concreto.

---

<sup>145</sup> GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**: Justificação e Aplicação. Tradução: Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

<sup>146</sup> CHUEIRI, Vera K; SAMPAIO, Joanna M. de Araújo. **Coerência, Integridade e Decisões Judiciais**. Nomos, Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. Fortaleza, vol. 32.1, 177-197, jan. 2012.

<sup>147</sup> DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977., p. 177.

<sup>148</sup> MITIDIERO. Op. Cit. p. 62.

Para MITIDIERO, a jurisdição constitucional exercida pelo STF define o seu caráter de Corte Suprema, devendo este órgão justificar as suas decisões de forma lógica e argumentativa, outorgando significado aos princípios jurídicos postulados. Os precedentes da Corte, portanto, seriam os instrumentos utilizados pela jurisdição para buscarem a unidade e coerência do ordenamento jurídico. Estes, evidenciariam o esforço hermenêutico dos magistrados e permitiria a correlação entre Legislativo e Judiciário na definição e promoção de direitos<sup>149</sup>.

No que diz respeito à jurisdição constitucional das Cortes, Conrado Hübner MENDES define que podem ser destacadas cinco principais funções para as Cortes supremas, como o STF, que podem atuar como: força de veto, guardião da Constituição, órgão debatedor público, interlocutor institucional ou ainda como órgão deliberador<sup>150</sup>. A última função, em verdade, acaba englobando todas as outras, por isso a análise de cada um desses aspectos é relevante para compreender-se a extensão funcional das Cortes, que não se perfaz por um único e imutável aspecto, mas sim por uma multiplicidade de facetas.

Dizer que o STF tem poder de veto reafirma o seu papel de poder contra majoritário dentro do sistema de separação dos Poderes baseado na dinâmica dos *checks and balances*. Ela se põe como freio e contrapeso aos demais poderes, de forma a conter suas atuações evitando a tirania e institucionalizando a limitação da autoridade. Neste sentido, a corte produz decisões que, em tese, são apolíticas, uma vez que visam dar efetividade aos preceitos fundamentais já previstos na Constituição, o que se vincula também ao seu papel enquanto guardião da Constituição<sup>151</sup>.

Estas duas percepções da atuação do STF vinculariam a Corte a um caráter de Corte Superior, seguindo a lógica de MITIDIERO. Isto porque pressupor que a guarda da Constituição se dá de forma apolítica implica no entendimento de que a norma da Constituição é dada, sendo somente aplicada pelo STF. A análise da validade constitucional das decisões legislativas e administrativas, contudo, não é apolítica, se remetendo à interpretação do texto constitucional.

---

<sup>149</sup> Ibid. p. 88.

<sup>150</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. In: **II COLÓQUIO INTERNACIONAL DE TEORIA POLÍTICA**. Work-In-Progress. São Paulo: USP, 2012. Disponível em: <[http://www.fflch.usp.br/dcp/assets/docs/Papers\\_II\\_Coloquio/Conrado\\_Hubner\\_Mendes-Paper\\_Coloquio\\_DCP\\_USP\\_2012.pdf](http://www.fflch.usp.br/dcp/assets/docs/Papers_II_Coloquio/Conrado_Hubner_Mendes-Paper_Coloquio_DCP_USP_2012.pdf)>. Acesso em: 02 jul. 2015, p. 2-3.

<sup>151</sup> Ibid.

Mais próximo do conceito de Corte Suprema, estão as atuações do STF que indicam a sua capacidade deliberativa. Neste sentido, MENDES indica que as Cortes podem atuar como órgãos de debate público, por se estabelecerem como o lugar propício para debates de razão pública. O STF se colocaria, portanto, como um “fórum de princípios”, permitindo que as decisões acerca de direitos fundamentais sejam pautadas em princípios, que melhor adequam e coordenam a moralidade de cada indivíduo da sociedade<sup>152</sup>.

Ao afirmar e reafirmar direitos, a corte profere decisões políticas, que se remetem à moralidade política da sociedade. Os princípios utilizados na decisão, devem ser inferidos como sua *ratio decidendi*, a qual futuramente será abstraída para ser utilizada em outras decisões, perfazendo propriamente um precedente. A formação dos precedentes pelas Cortes Supremas, portanto, se vincula tanto a deliberação interna dos ministros, que discutem princípios a partir de diferentes concepções da moralidade política, como externa, que se vincula com as deliberações tomadas nos outros poderes do Estado e pela sociedade civil.

Desta feita, MENDES também entende que Cortes constitucionais podem exercer uma função de interlocutor institucional, que abrange os diálogos de longo prazo presentes entre os três Poderes<sup>153</sup>. Para tanto, deve-se superar o entendimento de que as Cortes dão a última palavra ao decidirem acerca do significado de um princípio ou direito fundamental, partindo para o entendimento de que elas apenas abrem espaço para diálogo entre as demais instituições da esfera pública, sendo possível que os legisladores retomem a discussão utilizando as razões já trabalhadas na Corte.

Por fim, a função primordial, que engloba todas as demais, é aquela em que a Corte atua como um órgão deliberador. De acordo com MENDES, ver a corte como órgão de deliberação significa analisá-la em seus aspectos internos. A Corte não é uma unidade em si, ela é composta por um pequeno grupo de juízes engajados argumentativamente com o objetivo de proferir uma decisão final. Essas deliberações colegiadas é que fazem com que as decisões das Cortes tenham mais legitimidade,

---

<sup>152</sup> MENDES, Conrado Hübner. Deliberative Performance of Constitutional Courts. In: II COLÓQUIO INTERNACIONAL DE TEORIA POLÍTICA. Work-In-Progress. São Paulo: USP, 2012. Disponível em: <[http://www.fflch.usp.br/dcp/assets/docs/Papers\\_II\\_Coloquio/Conrado\\_Hubner\\_Mendes-Paper\\_Coloquio\\_DCP\\_USP\\_2012.pdf](http://www.fflch.usp.br/dcp/assets/docs/Papers_II_Coloquio/Conrado_Hubner_Mendes-Paper_Coloquio_DCP_USP_2012.pdf)>. Acesso em: 02 jul. 2015, p. 15.

<sup>153</sup> Ibid., p. 30.

porque buscam, por meio de uma argumentação racional, dar a melhor resposta às possíveis interpretações constitucionais<sup>154</sup>.

Dessa forma, MENDES argumenta que as deliberações das Cortes Supremas são de extrema importância para o cenário democrático. A teoria democrática reestabeleceu recentemente a deliberação como um componente valioso para o processo coletivo de tomada das decisões<sup>155</sup>. Elas não precisam, necessariamente, fazer com que todos os que participam delas cheguem a um consenso, sendo a ideia central a de que todos os participantes possam argumentar e expor seus pontos de vista, estando, contudo, abertos para novas ideias e, inclusive, para mudar de posicionamento frente a argumentos que lhes convençam. A deliberação não é nada além de uma prática de argumentação conjunta, em que se buscam soluções para as demandas judiciais.

As funções de debatedor público, interlocutor institucional e órgão deliberador são essenciais para a compreensão das Cortes como sendo formadoras de precedentes e não como Cortes revisoras de decisões anteriores, apenas. As duas primeiras funções evidenciam o aspecto externo das decisões, o diálogo pré e pós decisional com o público e a repercussão das decisões na sociedade, enquanto que a terceira função evidencia o aspecto interno das decisões, que é aquele onde os juízes integrantes da Corte se reúnem e compartilham seus posicionamentos individuais para chegarem a uma decisão comum. É por isso que essas três funções não se excluem, ao contrário, se complementam, criando um imaginário de qual deve ser o papel das Cortes, tanto de sua atuação externa, quanto da interna.

O precedente, portanto, se coloca como o resultado de uma deliberação interna dos magistrados do Supremo Tribunal Federal, e tem por função reduzir as inconsistências na interpretação e aplicação da Constituição e seus princípios, garantindo maior segurança jurídica por meio da consideração da previsibilidade das decisões das Cortes. Este precedente, contudo, não dá a última palavra acerca da interpretação moral da Constituição, sendo apenas a pronúncia do STF em um diálogo que deve envolver, necessariamente, o Poder Legislativo (responsabilizado pela legislação interpretada) e o Executivo.

Dessa forma, a consideração dos precedentes no Brasil deve partir da necessária correlação entre o papel constitucional da Corte Suprema (STF), e o seu

---

<sup>154</sup> Ibid., p.36.

<sup>155</sup> Ibid., p.5

dever de justificação das decisões tomadas, permitindo a consagração da segurança jurídica e da unidade do direito.

## 2.2. O PRECEDENTE CONSTITUCIONAL E O *BACKLASH*

No Brasil, a valorização da jurisprudência se deu por um longo período e ainda vinculado a uma perspectiva legalista do direito. Dessa forma, instrumentos processuais que davam azo às pronúncias da Corte, consideravam a jurisprudência do STF e dos tribunais, e não os precedentes decididos por meio dos casos concretos. A segurança jurídica seria protegida pela estabilidade da jurisprudência, de acordo com cada tribunal.

Dessa forma, destacam-se a introdução das Súmulas de Jurisprudência Dominante, em 1963, que tinham por objeto proporcionar maior estabilidade, assim como facilitar o trabalho do tribunal no julgamento de questões recorrentes<sup>156</sup>, o Incidente de Uniformização de Jurisprudência, introduzido pelo Código de Processo Civil de 1973, e a extensão dos efeitos da decisão de mérito nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade, introdução da EC nº 3/1993. Por fim, em 2004 a EC nº 45, conhecida como Emenda da Reforma do Judiciário, ampliou o efeito vinculante das decisões do STF, proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, assim como alterou a forma de atuação da jurisdição constitucional via controle concreto de constitucionalidade, estabelecendo o requisito da repercussão geral para Recursos Extraordinários<sup>157</sup>.

Ainda, o Código de Processo Civil de 2015 alterou o paradigma do processo civil brasileiro, reconhecendo o caráter argumentativo da adjudicação e estabelecendo previsões normativas acerca dos precedentes judiciais. Com o intuito de atribuir maior eficiência, celeridade e coerência ao processo, o Código disciplina o dever de motivação das decisões judiciais, considerando o ônus argumentativo do juiz ao

---

<sup>156</sup> NORONHA, Jardel e MARTINS, Odaléa. **Referências da Súmula do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Senado Federal, 1968.

<sup>157</sup> A repercussão geral dá eficácia *erga omnes* para as interpretações do texto constitucional feitas pelo STF em sede de controle concreto de constitucionalidade, o que enseja a obediência dos precedentes do STF e fortifica a consideração da jurisprudência da corte no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, a Emenda também incluiu ao ordenamento brasileiro o instituto das Súmulas Vinculantes. MAGALHÃES, Breno B. Efeito Vinculante: O que ele não é. **Revista Jurídica da Presidência**. v.14. n. 104. Out. 2012/Jan. 2013.

aplicar o direito<sup>158</sup>, assim como torna obrigatório o confronto de todos os argumentos mencionados pelas partes, produzindo um discurso de aplicação sobre o precedente judicial baseado na individualização de casos concretos. Também, o art. 926<sup>159</sup> do diploma legal prevê um dever dos tribunais uniformizarem sua jurisprudência, prevendo a possibilidade de modulação de efeitos em caso de alteração de jurisprudência dominante do STF e dos tribunais superiores.

Contudo, a inserção dos precedentes ao direito brasileiro se deu de forma distanciada da própria racionalidade da doutrina do *stare decisis*, consubstanciando em uma falta de racionalidade no momento da aplicação dos precedentes judiciais, assim como em sua fundamentação. Dessa forma, a valorização da jurisprudência e do precedente culminaram em uma ampliação do poder das Cortes para definirem e criarem direitos, sem que estes fossem reconhecidos em outros âmbitos democráticos e pela sociedade civil<sup>160</sup>. Os desacordos morais acerca da substância e extensão de diversos direitos fundamentais passaram, então, a ser solucionados somente pela atividade da Corte, através de um modelo que preza pela leitura moral da Constituição pelo Judiciário<sup>161</sup>, sem o devido aparato lógico-argumentativo que permita a consagração dos princípios da segurança jurídica, previsibilidade e certeza do direito.

---

<sup>158</sup> BUSTAMANTE, Thomas. "Súmulas, praticidade e justiça: Um olhar crítico sobre o direito sumular e a individualização do direito à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi". In: COELHO, Sacha Calmon Navarro (Org.). **Estudos em Homenagem a Misabel de Abreu Machado Derzi**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 360. Ainda, art. 489, §2º "Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

<sup>159</sup> Art. 926 - Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

<sup>160</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito FGV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p.441-464, jul. 2008. p. 443-444.

<sup>161</sup> A leitura moral da Constituição se vincula a um modelo de constitucionalismo típico do *common law*, em que grandes alterações ao sistema constitucional são feitas pelo esforço hermenêutico da Suprema Corte na jurisdição constitucional. DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. New York: Oxford University Press, 1999. WALUCHOW, Will J. **A Common law Theory of Judicial Review: The Living Tree**. New York: Cambridge University Press, 2007. STRAUSS, David A. **The Living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010.

Isto pois, a deliberação interna do STF impossibilita a cognição de precedentes e sua *ratio decidendi*. Como indica RODRIGUEZ, a racionalidade jurisdicional no Brasil está dominada por um modelo de jurisdição opinativa, em que a Corte decide pela utilização de argumentos de autoridade (extraídos analogicamente pela interpretação de leis, doutrina e jurisprudência), ao invés de estabelecer um modelo de argumentação racional<sup>162</sup>.

A legitimidade da jurisdição se vincula ao funcionamento institucional do Poder Judiciário como um todo, a partir de uma pessoalidade dos juízes. Dessa forma, em cada caso os ministros do STF buscam somente dar uma justificação à decisão tomada, sem buscar a melhor resposta através da deliberação e utilização de um raciocínio sistemático<sup>163</sup>. Em contrapartida, a argumentação por racionalidade é marcada pela preocupação dos ministros em uma possível generalização da decisão para casos futuros, assim como pela formação de padrões decisórios positivados pelas atividades dos tribunais. Dessa forma, a decisão passa a ser de responsabilidade da instituição, e não da autoridade individual de seus membros.

As Cortes brasileiras, contudo, não se reúnem para redigir uma decisão ordenada em um texto coerente, acompanhada dos eventuais votos dissidentes, e somente publicam a mera transcrição dos votos de cada ministro, através da aglutinação de suas justificações que se agregam ao resultado final em um julgamento<sup>164</sup>.

Dessa forma, não há a formação de uma decisão coletiva, somente uma votação por maioria, até mesmo nos casos em que o julgamento é unânime. Isto implica em “um manancial de argumentos, doutrinadores, leis, casos etc, que torna praticamente impossível reconstruir a argumentação do tribunal de maneira racional e unificada”<sup>165</sup>. Assim, dificulta-se a análise do princípio de direito inerente ao precedente vinculante do STF, uma vez que uma pluralidade de fundamentos muitas

<sup>162</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como Decidem As Cortes?:** Para uma crítica do direito (brasileiro). São Paulo: Editora FGV, 2013., p. 51

<sup>163</sup> Ibid. Rodriguez pressupõe que parte da problemática se vincula também com o aspecto público das deliberações da corte. No mesmo sentido, SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding Without Deliberating. **International Journal Of Constitutional Law**, [s.l.], v. 11, n. 3, p. 557-584, 1 jul. 2013. Oxford University Press (OUP). Disponível em: < <http://icon.oxfordjournals.org/content/11/3/557>>. Acesso em: 23 fev. 2016. p. 580-583.

<sup>164</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding Without Deliberating. **International Journal Of Constitutional Law**, [s.l.], v. 11, n. 3, p. 557-584, 1 jul. 2013. Oxford University Press (OUP). Disponível em: < <http://icon.oxfordjournals.org/content/11/3/557>>. Acesso em: 23 fev. 2016. p. 565-567.

<sup>165</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como Decidem As Cortes?:** Para uma crítica do direito (brasileiro). São Paulo: Editora FGV, 2013., p. 70



vezes não significa uma posição consolidada da corte em referência a substância e extensão de um princípio normativo.

Todavia, esta expectativa não significa que a decisão do Supremo deve ser una. Como indica Silva, a forma de decisão em Cortes colegiadas pode se assentar na deliberação, na agregação ou na barganha entre os juízes<sup>166</sup>. A busca pelo consenso, inerente a uma corte colegiada que entrega a decisão da corte, ao invés das opiniões e decisões de seus membros, muitas vezes pode gerar acórdãos baseados, não na deliberação entre os juízes, mas em trocas políticas e barganhas. Destarte, mesmo que a *ratio decidendi* do precedente possua uma integridade de fundamentos e considerações sobre os fatos e princípios relativos ao caso concreto, o ordenamento jurídico e a segurança jurídica do sistema ainda restam debilitados uma vez que o caso foi tratado sob interesses e fundamentos políticos dos magistrados no momento deliberativo.

Assim, os juízes devem manter algum grau de sua independência no momento deliberativo, devendo o consenso da maioria dos juízes se assentar em uma unidade de fundamentos e considerações sobre os princípios e os fatos materiais do caso analisado. Ainda, os eventuais votos dissidentes devem ser transcritos e publicados para que todos os argumentos e razões da Corte adentrem um debate político e social que extrapola as Cortes do Judiciário e adentra a política democrática inerente à Constituição.

A jurisdição constitucional exercida no STF não pode desconsiderar as repercussões sociais que pode causar, assim como a possibilidade de sua decisão ser alterada no ordenamento jurídico por proposições legislativas posteriores. A relação entre as Cortes e o Poder Legislativo deve levar em conta que ambos os poderes atuam como definidores de direitos no ordenamento jurídico, sendo imprescindível que a justificação de suas decisões possa ser retomada e sopesada de forma argumentativa.

A desconsideração dessa relação interinstitucional impede a tutela da segurança jurídica no sistema, gerando incoerências e instabilidades na aplicação e definição de direitos fundamentais. Enquanto a corte atua sob a premissa de último interlocutor da moralidade política da sociedade, os desacordos morais acerca da

---

<sup>166</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding Without Deliberating. **International Journal Of Constitutional Law**, [s.l.], v. 11, n. 3, p. 557-584, 1 jul. 2013. Oxford University Press (OUP). Disponível em: < <http://icon.oxfordjournals.org/content/11/3/557>>. Acesso em: 23 fev. 2016.

substância e extensão dos direitos se mantém na sociedade civil e no Poder Legislativo, o que repercute na continuidade da discussão em diferentes termos<sup>167</sup>.

Dessa forma, indica KLARMAN<sup>168</sup> ao analisar o fenômeno do *backlash* nas atuações da Suprema Corte norte-americana ao defender direitos referentes ao casamento e uniões homoafetivas. Indica o autor que as decisões da Suprema Corte muitas vezes reacendem o debate público acerca dos direitos fundamentais inerentes aos casos analisados, forçando o Poder Legislativo a reconhecer mudanças sociais. Assim, o *backlash* ocorre quando a posição minoritária adotada pela Corte é rebatida por um grupo politicamente ativo e organizado<sup>169</sup>, que busca revogar a decisão ou alterar a interpretação constitucional da Corte que resolveu a questão.

Destarte, a Suprema Corte se insere em um diálogo político, apresentando razões e defendendo teses a partir de sua leitura da moralidade política da sociedade. Isso se dá, inclusive, à contento da opinião pública, o que enseja uma maior repercussão negativa da jurisdição constitucional. Nos Estados Unidos, um exemplo destes efeitos negativos se deu pela estruturação de movimentos políticos contrários à legalização do aborto, logo após a decisão da Suprema Corte no caso *Roe v. Wade*<sup>170</sup>, assim como a recepção sulista da decisão do caso *Brown v. Board of Education*.

Not only do court decisions make people aware of previously unnoticed social change and force politicians to take positions on issues that they have previously ducked, but they also impose substantive resolutions of policy issues that may be very different from those supported by most voters<sup>171</sup>.

Em contrapartida, SUNSTEIN define o *backlash* não só como qualquer reação social às decisões da corte, mas como a “intensa reprovação pública de uma decisão judicial, acompanhada de medidas agressivas para resistir a essa decisão e remover

<sup>167</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 171-172.

<sup>168</sup> KLARMAN, Michael J. **From the Closet to the Altar: Courts, Backlash, and the Struggle for Same Sex Marriage**. New York: Oxford University Press, 2014.

<sup>169</sup> Ibid., p. 20.

<sup>170</sup> POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. **Harvard Civil Rights-civil Liberties Law Review**, Cambridge, v. 42, n. 2, p.373-434, jun. 2007. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=990968>>. Acesso em: 12 set. 2016

<sup>171</sup> KLARMAN, Michael J. Op. Cit., p. 166. Em trad. livre: “As decisões da corte não só tornam as pessoas conscientes das mudanças sociais e forçam políticos a tomarem posições em questões que eles tinham previamente evitado, mas também impõe resoluções substanciais em questões políticas, que podem ser diferentes daquelas apoiadas pela maioria dos eleitores”.

sua força jurídica”<sup>172</sup>. Isso é o que ocorre no paradigma brasileiro, em que a repercussão política da atuação jurisdicional da defesa de direitos não se estrutura de forma adequada, uma vez que nega completamente a decisão da corte e não dialoga com as razões apresentadas pela instituição. Assim, à medida que judicialmente se reconheça certas extensões de um princípio ou direito fundamental, a sociedade civil, o Poder Executivo e Legislativo podem demonstrar resistência à decisão e gerar grande instabilidade e segurança jurídica no ordenamento jurídico.

Um exemplo disto se remete ao reconhecimento da união estável de casais homoafetivos pelo STF, sua conversão em casamento, e as propostas legislativas levadas à cabo pela bancada evangélica no Congresso Nacional. Até o julgamento da ADI 4277 e ADPF 132, inexistia no ordenamento jurídico brasileiro norma expressa que regesse a situação das uniões homoafetivas. O texto da Constituição faz menção ao reconhecimento de uniões estáveis entre homem e mulher (art. 226, § 3º), assim como a legislação infraconstitucional (art. 1.723 do Código Civil). Diante desta falta de regulação, a jurisprudência passou a aplicar a súmula 380/STF<sup>173</sup>, que constituía as relações enquanto sociedades de fato, com o intuito de garantir a proteção dos indivíduos em união<sup>174</sup>.

Em vista do princípio da pluralidade de entidades familiares, e pela incidência do princípio da igualdade em um novo paradigma do Direito Civil pátrio, passou-se a ser feita uma analogia das relações homoafetivas com a união estável, dando-lhe a categorização de entidade familiar. Desta feita, o STF consolidou o entendimento de que a Constituição deveria ser interpretada de forma a garantir a máxima expressão de seus princípios, quais sejam, o da igualdade e da dignidade humana, reconhecendo a união estável homoafetiva no ordenamento pátrio.

---

<sup>172</sup> SUNSTEIN, Cass R. Backlash's Travels. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, Cambridge, v. 42, n. 2, p.435-449, jun. 2007. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=970685>>. Acesso em: 12 set. 2016. p. 435.

<sup>173</sup> O enunciado da súmula estabelece: "Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum". A súmula foi uma formulação jurídica criada durante a vigência da Constituição de 1946, e tinha por objetivo tangenciar a vedação da tutela legal de entidades familiares que não eram constituídas pelo casamento. Contudo, a mudança do paradigma, e a instauração de um princípio que reconhece a pluralidade de entidades familiares, fez com que a súmula impedisse o reconhecimento de novas famílias, uma vez que ela considera relações afetivas somente a partir do viés patrimonial. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n.12, p.44, jan./fev. 2002).

<sup>174</sup> Idem.

Ato seguinte, o CNJ promulgou a resolução nº 173/2013, determinando a obrigatoriedade de as autoridades competentes da Administração Pública realizarem casamentos civis, ou converterem uniões estáveis em casamento, entre pessoas do mesmo sexo, respeitado o período legal estabelecido pelo Código Civil para as uniões estáveis. Contudo, na sociedade civil a questão ainda estava em debate controverso. Em razão disso, a complexidade dos desacordos morais se transpôs para o Poder Legislativo, onde predomina o entendimento religioso de que a homossexualidade é contra as leis da natureza, condenado na bíblia e que, portanto, não deve ser protegida juridicamente<sup>175</sup>.

Dessa forma, em outubro de 2015 foi aprovado na Câmara dos Deputados o projeto de lei nº 6583/2013, conhecido como Estatuto da Família<sup>176</sup>. Desconsiderando o precedente da corte em sua integridade, o projeto define a família como a união entre homem e mulher, constituída pelo casamento ou por união estável, instituindo diversas previsões polêmicas como a instituição de um direito dos pais definirem a educação moral, sexual e religiosa de seus filhos, em detrimento do direito à informação.

Fica evidente que o precedente constitucional brasileiro, ao invés de promover a segurança jurídica e a integridade do direito, dando a suposta última palavra acerca da extensão e substância de direitos fundamentais (no caso da ADI 4277, a dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade), apenas incita uma reação política contrária à sua interpretação e pouco construtiva para a solução dos desacordos morais inerentes aos direitos constitucionalmente positivados. Isto pois, ambos os poderes partem de premissas diametralmente opostas, sendo o precedente constitucional constituído por uma pluralidade de justificações e argumentos de autoridade que tornam quase impossível a definição da sua racionalidade<sup>177</sup>, o que dificulta o diálogo. Não se trata, portanto, de impedir que o Poder Legislativo reanalise a interpretação constitucional elaborada no âmbito do Poder Judiciário, mas que

---

<sup>175</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Constitucionalismo Democrático no Brasil: Crônica de um sucesso imprevisto. In: GUERRA, Roberta Freitas; SILVA, Fernando Laércio Alves da; NERO, Patrícia Aurélia del. (Org.). **Neoconstitucionalismo em Perspectiva**. Viçosa: Editora UFV, 2014. p. 54.

<sup>176</sup> HAJE, Lara; ARAÚJO, Newton. Câmara aprova Estatuto da Família formada a partir da união de homem e mulher. **Câmara Notícias**. Brasília, 8 out. 2015. Direitos Humanos, p. 1-1. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/direitos-humanos/497879-camara-aprova-estatuto-da-familia-formada-a-partir-da-uniao-de-homem-e-mulher.html>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

<sup>177</sup> No caso, o STF decidiu de forma unânime pelo reconhecimento da união de casais homoafetivos, contudo, apresentou 8 fundamentações diferenciadas que não tinham por base o mesmo raciocínio argumentativo. Nesse sentido: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como Decidem As Cortes?:** Para uma crítica do direito (brasileiro). São Paulo: Editora FGV, 2013., p. 70.

sejam definidas formas para que a sua revisão ou alteração da decisão da Corte se dê de forma íntegra com os argumentos lá formulados, inclusive no momento de sua superação.

Pela forma que se dá a deliberação interna do STF, e a fundamentação de seus precedentes, mesmo que o Poder Legislativo retomasse a discussão a partir dos argumentos de racionalidade expostos pela corte, o diálogo não se estabeleceria de forma coerente, uma vez que a jurisdição constitucional brasileira mantém um paradigma de justiça opinativa, com múltiplas fundamentações e justificações sem a elaboração de uma decisão institucional da corte. Dessa forma, a relação entre o Poder Judiciário e o Legislativo, no que tange à criação e definição do direito, se torna combativa ao invés de construtiva, impedindo a consagração do Estado de Direito.

É neste aspecto, portanto, que se percebe um ganho da análise comparada do sistema constitucional britânico, ao passo que as mudanças contemporâneas deste sistema, provocadas pela promulgação do *Human Rights Act*, permitem a estruturação de uma relação construtiva de direitos e dos sentidos que envolvem a Constituição britânica. Destarte, parte-se para a análise pormenorizada das discussões que envolvem o HRA e a Constituição Brasileira.

### 2.3. O HUMAN RIGHTS ACT E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA: A POSSIBILIDADE DE UMA RELAÇÃO CONSTRUTIVA DE DIREITOS ENTRE PODERES

Como visto, no que tange à defesa de direitos fundamentais, é possível observar no Brasil um avanço do STF e, em contrapartida, um retrocesso do Poder Legislativo ou vice-versa. O precedente constitucional brasileiro pode não ser respeitado pelos demais órgãos e instituições da administração pública, e dessa forma pode pouco influenciar na definição dos direitos fundamentais. Isto, pois, não há o reconhecimento do direito definido no âmbito do Poder Judiciário e aquele criado pelo Poder Legislativo. Assim, não se estabelece um diálogo entre Cortes e Legislativo, apenas um embate entre os poderes do Estado que traz pouco benefício à segurança jurídica e à defesa direita fundamentais.

Diferentemente ocorre no o constitucionalismo britânico, que após a promulgação do *Human Rights Act* redefiniu a relação entre precedente e legislação ao estabelecer um diálogo construtivo de direitos, mantendo a integridade e coerência

do ordenamento jurídico. Entende-se que a incorporação dos direitos fundamentais previstos na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, ao direito britânico, estruturou um sistema que equilibra a possibilidade de um controle de constitucionalidade das leis e a soberania do Parlamento, excluindo uma predefinição da supremacia da atividade decisória em qualquer um dos órgãos. Nesse aspecto indicam Alon HARES e Adam SHINAR:<sup>178</sup>

Constrained judicial review differs both from legislative supremacy and from judicial supremacy. On the one hand, theories of constrained judicial review reject legislative supremacy, as these theories affirm that courts have a privileged status in interpreting the Constitution. However, these theories also reject judicial supremacy, as they maintain that judicial constitutional privileges should be constrained and greater constitutional responsibilities ought to be given to non-adjudicative institutions, e.g., the legislature or even the executive.

Trata-se da premissa de um controle de constitucionalidade fraco, em que a legitimidade democrática da atuação judicial é renovada pela possibilidade do poder Legislativo rever as decisões da Suprema Corte. Este modelo se distingue do controle forte de constitucionalidade, em que a interpretação da Constituição pela Suprema Corte prevalece sobre as decisões do Poder Legislativo, que também interpretam a Carta<sup>179</sup>. Nesse sentido, TUSHNET indica que o modelo forte de controle de constitucionalidade e revisão das leis permite uma tensão entre a noção de autogoverno (vinculada ao princípio democrático) e a jurisdição constitucional da Suprema Corte, que atua estabelecendo limites constitucionais.

A legitimidade democrática da jurisdição constitucional é questionada em razão da dificuldade contramajoritária, que questiona o poder dos juízes invalidarem as decisões adotadas pelo legislador, vez que não eleitos democraticamente<sup>180</sup>. A

<sup>178</sup> HAREL, A.; SHINAR, A. Between Judicial And Legislative Supremacy: A cautious defence of constrained judicial review. **International Journal Of Constitutional Law**, v. 10, n. 4, p.952, 1 out. 2012. Oxford University Press (OUP). <http://dx.doi.org/10.1093/icon/mos014>. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1760963>>. Acesso em: 7 set. 2016. Em trad. livre: "A revisão judicial contida difere tanto da supremacia legislativa como da supremacia judicial. Por um lado, as teorias de revisão judicial contida rejeitam a supremacia legislativa, uma vez que estas teorias afirmam que as Cortes têm uma capacidade institucional privilegiada na interpretação da Constituição. No entanto, essas teorias também rejeitam a supremacia judicial, pois sustentam que os privilégios constitucionais judiciais devem ser restringidos enquanto maiores responsabilidades constitucionais são transferidas para as instituições não-adjudicantes, por exemplo, o Legislativo ou mesmo o Executivo".

<sup>179</sup> TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights...**, p. 21.

<sup>180</sup> SARMENTO, Daniel; PEREIRA NETO, Cláudio de Souza. Controle de Constitucionalidade e Democracia: Algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 74-75.

simples invocação da supremacia da Constituição não basta para justificar a legitimidade do controle de constitucionalidade em casos difíceis, devendo nestes a resposta ser alcançada pelo próprio povo ou por seus representantes eleitos.

Um modelo fraco de constitucionalismo pretende mitigar a dificuldade contra majoritária sem negar a necessidade de o constitucionalismo estabelecer limites à democracia e ao autogoverno<sup>181</sup>. Para tanto, este modelo concebe formas e mecanismos para que o Legislativo responda às decisões e interpretações tomadas na Suprema Corte, quando os representantes democráticos eleitos não acatarem a interpretação constitucional tomada.

O *Human Rights Act* prevê que após a declaração de incompatibilidade de um estatuto, pode o Parlamento ou o membro do Poder Executivo responsável, manter a norma estatutária, desde que se pronuncie oficial e formalmente indicando a intenção de manter a norma incompatível com a Convenção no sistema. Dessa forma, não se altera o princípio da soberania do Parlamento, uma vez que não é estabelecido nenhum limite jurídico à instituição, mas se cria limites políticos à sua liberdade, estabelecendo pressões políticas que ensejam a emenda do estatuto<sup>182</sup>.

Ainda, devido ao histórico político-constitucional do Reino Unido, o HRA não tinha como objetivo simplesmente positivar direitos fundamentais e estabelecê-los enquanto direitos subjetivos dos cidadãos britânicos. A legislação tinha o pressuposto de reafirmar direitos e incluí-los no cotidiano político da sociedade britânica, mantendo os direitos fundamentais enquanto questões de moralidade política que não estão estritamente positivados em uma Carta de Direitos, mas se incorporam ao discurso político cotidiano e à sociedade civil. Dessa forma, a incorporação dos direitos da previstos na Convenção se deu em compasso com os debates políticos e manifestações da opinião pública sobre estes direitos. Como indica Hilarie BARNETT<sup>183</sup>:

<sup>181</sup> TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights**..., p. 23.

<sup>182</sup> O'CINNEIDE, Colm. The Human Rights Act and the Slow Transformation of the UK's 'Political Constitution'. **Institute For Human Rights Working Paper Series**, London, v. 1, p.1-18, 2012. Disponível em: <[https://www.ucl.ac.uk/human-rights/research/working-papers/docs/colm-o\\_cinneide](https://www.ucl.ac.uk/human-rights/research/working-papers/docs/colm-o_cinneide)>. Acesso em: 13 ago. 2016. p. 10. Ainda, Garbbaum indica que mesmo não sendo obrigatória a manifestação do Parlamento acerca da declaração de incompatibilidade, em sua maioria o Executivo e o Legislativo tomam medidas que buscam rebater os argumentos da corte. GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. **American Journal Of Comparative Law**, Ann Arbor, v. 49, p. 707-760, jan. 2001. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=302401>>. Acesso em: 30 abr. 2016. p. 738.

<sup>183</sup> BARNETT, Hilaire. *Constitutional and Administrative Law*. 3. ed. London: Routledge, 2000, p. 10. Em trad. livre: "Independentemente do fato de um Estado ter ou não uma Constituição escrita e uma

Irrespective of whether or not a State has a written constitution and a Bill of Rights, it must be recognised that the actual protection of individual rights, as with so much of the constitution, is explained not solely by reference to written rules. Regardless of the form in which rights are protected, in any society, it will be the democratic political process, political practice and norms of acceptable governmental conduct which, while not having force of law, provide constitutional standards which determine the respect accorded to individual rights.

A esfera política da proteção dos direitos fundamentais não é excluída ou renegada, mas somente incorporada à interpretação constitucional, pela construção de uma política que tem por base princípios constitucionais. Essa perspectiva é diferente do que ocorre nos efeitos de *backlash* das decisões da Corte, quando estas não mudam ou influenciam qualquer alteração no debate acerca dos desacordos morais inerentes aos direitos fundamentais.

No Brasil não há nenhuma previsão constitucional expressa que possibilite ou determine diálogos institucionais. Como indica SARMENTO, a visão convencional é no sentido de que o Supremo Tribunal Federal dá a última palavra ao interpretar a Constituição, mesmo que as decisões da corte não vinculem o Poder Legislativo (art. 102, § 2º, e 103-A, da Constituição). Na prática, o Supremo não dá a última palavra, podendo esta ser alterada por diversos mecanismos de reação, como Emendas Constitucionais em sentido contrário à decisão, a nomeação de novos ministros com visões diferentes sobre o tema, e a alteração da posição da Corte em casos que discutem a mesma temática<sup>184</sup>.

Isto porque, o Supremo Tribunal Federal não é o único intérprete da Constituição. Ao legislar, o Congresso Nacional também faz interpretação constitucional, seja para analisar a constitucionalidade e os princípios constitucionais inerentes à proposta em debate, seja para identificar os limites constitucionais que informam o exercício de suas prerrogativas<sup>185</sup>.

---

Declaração de Direitos, deve reconhecer-se que a proteção efetiva dos direitos individuais, como da Constituição, é explicada não apenas por referência a regras escritas. Independentemente da forma em que os direitos sejam protegidos, em qualquer sociedade, será o processo político democrático, a prática política e as normas de conduta governamental socialmente aceitas que, embora não tenham força de lei, estabelecerão normas constitucionais que determinam o respeito aos direitos individuais".

<sup>184</sup> SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Notas Sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: A questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p.119-161, jun. 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11773>>. Acesso em: 5 abr. 2016, p. 135.

<sup>185</sup> Ibid., p. 145.



O reconhecimento desta interação entre corte e Parlamento, jurisdição constitucional e política, é crucial para melhor compreender a forma como se dá a definição e tutela de direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, estando eles positivados no bloco de constitucionalidade ou não. O debate constitucional acerca da extensão dos direitos fundamentais, portanto, permanece e se transpõe a diversos atores institucionais, que podem se relacionar por meios diplomáticos, ou por agressões e ameaças veladas, utilizando argumentos racionais ou de autoridade. Compreender essas interações e estabelecer vias de diálogo são cruciais para a consagração do Estado Democrático de Direito e os princípios da segurança jurídica<sup>186</sup>.

Portanto, como indicado anteriormente, a premissa de uma Constituição que abarca direitos não escritos também se relaciona com o caráter dinâmico da política democrática, o que se torna evidente a partir do constitucionalismo britânico. Esta concepção se diferencia da teoria que determina a existência de uma Constituição viva estadunidense, uma vez que esta se vincula estritamente com a mutação constitucional que ocorre no âmbito do Poder Judiciário, através do sistema de precedentes e da lógica do *common law*. Agora, a teoria do *living constitutionalism* e a crítica a ela aventada será melhor analisada, permitindo a investigação dogmática da possibilidade de diálogos institucionais que envolvam a interpretação constitucional.

---

<sup>186</sup> BALKIN, Jack M. **Living Originalism**. Cambridge: The Belknap Press, 2011.

### 3. CONSTITUCIONALISMO VIVO, CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E A PERSPECTIVA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

#### 3.1. CONSTITUCIONALISMO VIVO

O controle de constitucionalidade se tornou um típico efeito da forma como o constitucionalismo busca manter a tutela dos direitos e garantias estabelecidos no bloco de constitucionalidade. No contexto norte-americano a prática se consolidou no âmbito federal após a decisão da Suprema Corte no caso *Marbury v. Madison*, em 1803, quando a Suprema Corte estabeleceu a prerrogativa de analisar a constitucionalidade de leis e atos normativos promulgados pelo Congresso<sup>187</sup>.

A decisão significou mais que o estabelecimento da supremacia judicial no controle e tutela da Constituição. John Marshall estabelece também uma diferenciação entre o direito e a política, e reafirma o caráter jurídico do texto constitucional, dessa forma, a Constituição passa a ser concebida mais do que Carta Política que estabelece atributos e características intrínsecas ao Estado.

Contudo, a supremacia constitucional não se restringe ao texto constitucional promulgado no momento constituinte, mas se vincula aos princípios e direitos por ela tutelados mesmo que não enumerados. Isto, pois, as normas escritas são meras tentativas de se positivar princípios e direitos que foram sedimentados no curso da história social e cultural de um Estado, sendo possível que o texto constitucional não consiga prever todas essas normas<sup>188</sup>.

Daí que nos Estados Unidos, o esforço hermenêutico dos magistrados exercido pela jurisdição constitucional, permitiu o desenvolvimento do direito constitucional para além dos direitos e garantias previstos na Constituição americana de 1789. Através do *judicial review*, as Cortes mantiveram a Constituição atinente aos reclames e mudanças sociais experimentadas pela sociedade, sem, contudo, ser manipulada pelos vícios atinentes à política<sup>189</sup>.

O aspecto vivo do constitucionalismo americano recai, sobretudo, na interpretação constitucional realizada pelos juízes da Suprema Corte. Como indica

---

<sup>187</sup> ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. Decisão nº 137. Apelante: William Marbury. Apelado: James Madison, Secretary of State of the United States. Relator: Chief Justice Marshall. Washington, DC. 1803.

<sup>188</sup> BARBOZA, Estefânia M. de Queiroz. Op. cit. p. 174.

<sup>189</sup> STRAUSS, David A. **The Living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010. p.3.

DWORKIN, são os valores da moralidade política presentes no corpo social que delimitam e definem os princípios gerais e normas constitucionais abertas<sup>190</sup>. Inclusive, a presença deste tipo de normas no texto constitucional representa a existência de outra fonte normativa do direito constitucional, que não o texto visível da Constituição<sup>191</sup>.

Contrária a essa aceção é a interpretação originalista do texto constitucional na solução de casos difíceis ou interpretação de cláusulas gerais. Os originalistas acreditam que a interpretação deve levar em conta o sentido das palavras que foram adotados pelas pessoas que elaboraram a previsão constitucional.<sup>192</sup> Dessa forma, o comprometimento democrático expresso no momento constituinte deve ser mantido através de uma análise das intenções dos “pais fundadores”.

Assim, o originalismo pretende impedir que juízes atuem politicamente, evitando a prevalência de opiniões públicas transientes que não se vinculam com a vontade expressa no texto constitucional. Desta feita, DWORKIN explica que a atuação política dos juízes impende, na verdade, em diferentes concepções do Estado de Direito, que entendem a função jurisdicional de maneira diversa<sup>193</sup>.

Explica o autor que o originalismo se assenta em uma concepção codificante (*rule book conception*) do Estado de Direito em que toda atuação do Estado deve estar fundamentada legalmente em uma regra positivada dentro do sistema. O conceito é estrito porque se abstém de estipular normativas quanto ao conteúdo das normas positivadas. Dessa forma, ao decidir casos em que a regra não está clara, ou não prevê todos os âmbitos de sua incidência, os juízes devem buscar o verdadeiro significado e essência da regra, evitando uma atuação política da corte e a utilização dos posicionamentos políticos individuais de cada magistrado da Suprema Corte<sup>194</sup>.

A busca por este significado intrínseco se dá de diferentes formas<sup>195</sup> e se concentra na realização de questionamentos hipotéticos que tem o fito de esclarecer

<sup>190</sup> DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 125-130.

<sup>191</sup> TRIBE, Lawrence H. **The Invisible Constitution**. New York: Oxford University Press, 2008. p. 146.

<sup>192</sup> STRAUSS, David A. Op. cit. p. 10.

<sup>193</sup> DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**..., p. 9-32.

<sup>194</sup> Ibid., p. 14.

<sup>195</sup> Dworkin explica que a busca pela verdade no texto normativo pode se dar: i) pela realização de questões semânticas, em que os magistrados são incentivados a construir teorias semânticas acerca do significado das palavras escolhidas pelo Poder Legislativo; ii) por questões que buscam a intenção do legislador no momento da promulgação do texto normativo, considerando qualquer evidência histórica que guie o esforço interpretativo; e iii) por questões hipotéticas que buscam qual solução teria

a norma posta. Contudo, na aplicação destas ferramentas interpretativas a concepção de Estado de Direito promulgada não é verdadeiramente aplicada, mas sim retificada pelos magistrados e pelas soluções por eles alcançadas. Isto porque, como explica DWORKIN:

The questions are all, in themselves, politically neutral questions, because they seek to bring to the surface a historical fact – the will of responsible lawmakers – rather than to impose a distinct and contemporary political judgement upon that will. It is perfectly true (...) that any particular judge's answer to these political neutral questions may well be different from another judge's answer<sup>196</sup>

Ou seja, o principal objetivo de se seguir o modelo legalista de Estado de Direito é frustrado até mesmo pela interpretação originalista, uma vez que as descobertas e conclusões históricas que alguns magistrados alcançam podem não ser a mesma de outros, o que gera insegurança jurídica e não permite a aplicação da norma constitucional questionada. Dessa forma, a Constituição se mantém manipulável do ponto de vista da possibilidade de os magistrados sobrepor as suas interpretações e conclusões históricas subjetivamente.

Destarte, STRAUSS disserta acerca das problemáticas inerentes à interpretação originalista. Primeiro, há um problema de qualificação dos magistrados, que, segundo o modelo originalista de interpretação constitucional, devem se colocar perante o caso e a necessária interpretação da norma constitucional como historiadores da norma. Isto aumenta o risco da interpretação ser equivocada, além de permitir que juízes, ao analisarem normas vagas e princípios abertos, interpretem a norma da forma como eles acharem que ela deva ser interpretada, sobrepondo os seus interesses aos princípios da moralidade pública<sup>197</sup>.

Ademais, mesmo que o significado da norma seja compreendido, há ainda um problema com a transposição deste ao momento contemporâneo em que a norma está sendo aplicada. Trata-se de um problema de tradução da norma<sup>198</sup>, uma vez que mesmo que o significado da norma no momento em que ela foi adotada tenha sido

---

sido dada se o Poder Legislativo tivesse considerado o caso no momento de promulgação da norma. DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle...**, p. 14-16.

<sup>196</sup> Ibid., p.16. Em trad. livre: "As perguntas são, em si mesmas, questões politicamente neutras, porque buscam trazer à tona um fato histórico - a vontade dos legisladores responsáveis - ao invés de impor um juízo político distinto e contemporâneo sobre essa vontade. É perfeitamente verdade (...) que a resposta de qualquer juiz em particular a essas questões politicamente neutras pode ser diferente da resposta de outro juiz".

<sup>197</sup> STRAUSS, David A. Op. cit. p.20.

<sup>198</sup> Ibid., p. 21.

esclarecido, ele pode não ser mais coerente com o contexto político e social atual. Exemplo disso é a interpretação dada à chamada Cláusula de Comércio, nos Estados Unidos, que permite à Federação regular diversos aspectos dos sistemas e competências regionais na federação americana. Argumenta STRAUSS que a sociedade atual é mais complexa e economicamente conectada em comparação à Federação em 1787. Dessa forma, o poder do Congresso de regular atividades econômicas naquela época tinha um outro significado na estruturação do pacto federativo norte-americano, enquanto que hoje representa uma considerável intervenção da União na autonomia dos estados<sup>199</sup>.

Ainda, a interpretação originalista se vincula com uma concepção de Constituição que não se vincula com seu aspecto democrático, intrinsicamente mutante. Dessa forma, não pode o texto constitucional aspirar regular gerações futuras da sociedade democrática, que se funda em sua radical indeterminação<sup>200</sup>. Destarte, as aspirações de uma interpretação constitucional que não permita a adequação da Constituição às circunstâncias modernas impedem o exercício democrático e os próprios fundamentos do constitucionalismo.

STRAUSS explica que a interpretação originalista nos Estados Unidos é combatida por uma concepção de “*living constitution*”, em que se entende a Constituição como um documento vivo, capaz de se adaptar às novas condições políticas, econômicas, sociais, históricas e culturais da sociedade sem perder sua premissa de estabilidade e segurança jurídica<sup>201</sup>. Isto porque o conceito de Constituição viva se vincula com um preceito de *common law constitutionalism* em que a atuação das Cortes, por meio da promulgação de precedentes, permite a proteção de princípios fundamentais sem a manipulação dos juízes intérpretes<sup>202</sup>.

---

<sup>199</sup> Ibid., p. 23.

<sup>200</sup> Acerca a sociedade democrática, Lefort argumenta que “A sociedade democrática moderna aparece-me, de fato, como aquela sociedade em que o poder, a lei, o conhecimento se encontram postos à prova por uma indeterminação radical, sociedade que se tornou teatro de uma aventura indomesticável, tal que o que se vê instituído não está nunca estabelecido, o conhecido permanece minado pelo desconhecido, o presente se revela inominável, cobrindo tempos sociais múltiplos não sincronizados uns com relação aos outros na simultaneidade – ou nomeáveis apenas na ficção do futuro; uma aventura tal que a procura da identidade não se desfaz da experiência da divisão. Trata-se aí, por excelência, da sociedade histórica. LEFORT, Claude. **A Invenção Democrática** – Os limites da dominação totalitária. São Paulo: Autêntica Editora, 2011. p. 151.

<sup>201</sup> STRAUSS, David A. Op. cit., p. 100.

<sup>202</sup> WALUCHOW, Will J. **A Common law Theory of Judicial Review: The Living Tree**. New York: Cambridge University Press, 2007. p. 203-215.

Nesta concepção de constitucionalismo um amplo poder é dado às Cortes para decidirem acerca de questões morais que envolvem direitos e suas interpretações<sup>203</sup>. Os juízes, portanto, atuam politicamente ao decidir casos difíceis em que a Constituição não é clara ou faz-se necessário dar densidade aos princípios e direitos fundamentais. DWORKIN explica que a atuação política das Cortes se vincula a uma leitura moral da Constituição, que se refere a uma concepção de Estado de Direito norteada por direitos e garantias<sup>204</sup>.

Esta concepção de Estado de Direito prescreve que as normas positivadas no texto constitucional representam direitos morais dos indivíduos da sociedade que se constitui, não sendo o texto sua única fonte<sup>205</sup>. Há, portanto, direitos e garantias que podem ser reconhecidos pela atuação da Suprema Corte, mesmo que não positivados previamente pelos constituintes. Dessa forma, a melhor interpretação da Corte acerca do significado da Constituição não seria uma que tenta remontar o entendimento ou a vontade do legislador constituinte, mas sim aquela que mais se coaduna com os direitos morais das partes que reclamaram o direito fundamental<sup>206</sup>.

Ainda, não há que se dizer que a moralidade defendida pelos juízes se conformam com suas virtudes individuais, uma vez que os magistrados devem basear suas decisões no conjunto representativo da moralidade política disposta na sociedade como um todo. Esta se diferencia tanto da moralidade individual do magistrado quanto da moralidade defendida por certos grupos sociais<sup>207</sup>.

Em verdade, o que ocorre é a supremacia material dos princípios e direitos abarcados pela Constituição que não se restringem ao texto positivado. Dessa forma, o modelo de justificação da decisão constitucional se ampara na premissa de que a Constituição escrita apenas condensa valores já presentes e aceitos numa

<sup>203</sup> SCHAUER, Frederick. **Playing by The Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life**. New York: Oxford University Press, 1991, p.179. A este respeito, SCHAUER indica que o modelo de constitucionalismo de *common law* tem por base o entendimento de que os riscos do aumento do poder dos juízes são sopesados pelos riscos de se aplicar normas canônicas a situações que não tinham sido imaginadas pelos legisladores.

<sup>204</sup> Desta feita, DWORKIN define esta concepção do Estado de Direito como uma *Rights Conception*. DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle...**, p. 12.

<sup>205</sup> Ibid., p.16.

<sup>206</sup> Nas palavras de DWORKIN: "A decision that takes background rights into account will be superior, from the point of view of that ideal, to a decision that instead speculates on, for example, what the legislation would have done if it had done anything." Em tradução livre: "Uma decisão que leva em conta os direitos das partes em conta será superior, do ponto de vista ideal, a uma decisão que faz especulações acerca ao que, por exemplo, a legislação teria feito se tivesse regulado a matéria". Ibid., p. 16-17.

<sup>207</sup> WALUCHOW, Will J. Op. cit. p. 220.

determinada sociedade. Desta feita, o texto constitucional é apenas uma forma de representação da Constituição, não sua integralidade<sup>208</sup>. Neste sentido também assevera Lawrence TRIBE, ao definir que há uma Constituição invisível no contexto norte-americano que se vincula com a Constituição ratificada em 1789, porém transcende seu texto pelos princípios e normas gerais nela inscritos<sup>209</sup>.

O que se torna evidente no constitucionalismo estadunidense é que a simples leitura da Constituição escrita não dá indícios claros de sua interpretação e aplicação no sistema constitucional. Dessa forma, algumas previsões constitucionais na Constituição dos Estados Unidos dependem necessariamente da sua contextualização e da análise dos precedentes da Suprema Corte que tratam sobre o princípio de direito. Esta concepção permitiu, por exemplo, a consagração da igualdade racial nos Estados Unidos, verticalizado no princípio de igualdade inscrito na 14ª Emenda e abolindo a segregação racial no país<sup>210</sup>.

Por fim, defensores deste modelo de constitucionalismo prescrevem que a decisão judicial, determinando a interpretação da Constituição, definindo direitos fundamentais e resolvendo abstratividades da norma constitucional, deve ser a última, encerrando o desacordo. Como indica DWORKIN:

(...) judges must answer intractable, controversial, and profound questions of political morality that philosophers, statesmen, and citizens have debated for many centuries, with no prospect of agreement. It means that the rest of us must accept the deliverances of a majority of the justices, whose insight into these great issues is not spectacularly special<sup>211</sup>.

Assim, DWORKIN afirma que direitos fundamentais foram incluídos no texto constitucional através de uma linguagem moral e abstrata, que impende na necessidade de uma leitura moral da Constituição, que tem por objeto a limitação do poder estatal.

Contudo, o sistema de constitucionalismo de *common law* depende de uma forte confiança no Poder Judiciário e na Doutrina dos Precedentes. Desta feita,

<sup>208</sup> BARBOZA, Estefânia M. de Queiroz. Op. cit. p. 159.

<sup>209</sup> TRIBE, Lawrence H. **The Invisible Constitution**. New York: Oxford University Press, 2008. p. 11-14.

<sup>210</sup> STRAUSS, David. A. Op. cit. p. 77-85.

<sup>211</sup> DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. New York: Oxford University Press, 1999. p. 74. Em trad. livre: "(...) os juízes devem responder a questões intratáveis, polêmicas e profundas de moralidade política que filósofos, estadistas e cidadãos têm debatido durante muitos séculos, sem perspectivas de acordo. Isso significa que o resto de nós deve aceitar as deliberações de uma maioria dos juízes, cuja percepção sobre essas grandes questões não é espetacularmente especial."

concebe-se que o conceito de Constituição Viva também pode estar presente em outra concepção de constitucionalismo, que permita um posicionamento mais ativo do Parlamento ao lidar com princípios e normas gerais da Constituição. Com este intuito se passa a analisar a crítica do constitucionalismo democrático, assim como a construção da teoria dos diálogos institucionais, que busca harmonizar a relação entre o Judiciário e o Legislativo na interpretação e aplicação da Constituição.

### 3.2. O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

A perspectiva do constitucionalismo vivo se coaduna com um modelo de constitucionalismo do *common law*, estando a proteção e definição dos direitos fundamentais centrados na função jurisdicional da corte.

A crítica ao modelo de constitucionalismo de *common law* parte do reconhecimento de que não só o Judiciário, através da suprema corte, deve interpretar a Constituição, devendo ser reconhecida uma pluralidade de agentes capazes de interpretar a Constituição. Dessa forma, compreende-se que uma efetiva interpretação constitucional seria aquela que está distribuída entre os Poderes, órgãos e instituições do Estado, considerando a manifestação dos atores constitucionais mais afetos à vontade do povo e à legitimidade democrática de suas decisões.

Desta feita, TUSHNET define que a interpretação feita pelo Poder Judiciário, mesmo que elaborada por especialistas da Constituição, não deve ser encarada como a única correta no que tange à interpretação do texto constitucional<sup>212</sup>. Esta percepção se vincula com a sua concepção de uma teoria diferente do constitucionalismo, o constitucionalismo popular. Este, parte do pressuposto de que as decisões acerca do conteúdo e extensão de previsões fundamentais e abstratas da Constituição só podem se estabelecer em um ambiente público e democrático.

Por se tratarem de desacordos morais profundos na moralidade política da sociedade, muitas vezes as decisões são tomadas sem a resolução dos desacordos. Dessa forma, as divergências sobre a atribuição de sentido aos princípios e direitos fundamentais da Constituição só podem ser resolvidas em um ambiente democrático, onde os cidadãos que não concordarem com a decisão possuam o dever de respeitá-la, mesmo que ainda mantenham o direito de advogar contra ela e buscar a alteração

---

<sup>212</sup> TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 180-181.



do entendimento constitucional. Assim, deve-se compreender que “a função principal da Constituição seria inspirar a atuação de cidadãos e representantes, e não servir como parâmetro para que juízes não eleitos limitem a sua deliberação”<sup>213</sup>.

TUSHNET sustenta que o grande problema em conceber a supremacia constitucional em um sistema político é a possibilidade de promoção de uma irresponsabilidade constitucional pelos legisladores, que diante de questões polêmicas e politicamente controversas se omitem no exercício de sua função e delegam a decisão acerca da Constituição para a Suprema Corte<sup>214</sup>.

Este aspecto se vincula com um dos fundamentos de legitimação da supremacia judicial, qual seja, a noção de que as Cortes são os locais ideais para discussão de princípios constitucionais e direitos fundamentais, uma vez que seus integrantes não estão sujeitos a pressões políticas ou a considerações utilitaristas inerentes a políticas públicas<sup>215</sup>. Contudo, como se observa, esta premissa também denota uma consequência negativa, uma vez que tendo os legisladores ignorado os desacordos morais, e delegado a sua resolução à especialistas da Constituição pouco afetos à moralidade política, a Corte acaba dirimindo a representatividade democrática do Legislativo, assim como aumentando o risco de decisões que estão em descompasso com a opinião pública<sup>216</sup>.

Vinculado a esta problemática, está a premissa de que a decisão tomada no âmbito das Cortes, sendo jurídica, é melhor que a decisão política. A premissa não se prova verdadeira, contudo, uma vez que a vitória que se dá exclusivamente no campo jurídico não se sustenta por muito tempo, angariando efeitos somente no curto prazo uma vez que pode ser desacreditada e desrespeitada por diversos setores da sociedade, além de depender de outras ações políticas e governamentais que lhe deem efetividade à longo prazo<sup>217</sup>.

Considerando estas limitações da supremacia judicial, o constitucionalismo popular busca reivindicar o papel da participação popular na interpretação da

---

<sup>213</sup> SARMENTO, Daniel; PEREIRA NETO, Cláudio de Souza. Controle de Constitucionalidade e Democracia: Algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 85.

<sup>214</sup> TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 58.

<sup>215</sup> MITIDIERO. Op. Cit. p. 88.

<sup>216</sup> WALUCHOW, W. J. Constitutional Morality and Bills of Rights. In: HUSCROFT, Grant (Ed.). **Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory**. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 87.

<sup>217</sup> TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 135.

Constituição e na definição do conteúdo, extensão e significado dos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição<sup>218</sup>. Dessa forma, permite-se o reconhecimento da Constituição pela sociedade, fortificando a supremacia da Constituição.

Neste sentido indica POST e SIEGEL, afirmando que “se as Cortes impuserem o sentido da Constituição em matérias de grande relevância para os cidadãos, o povo americano não seria mais capaz de reconhecer a Constituição como “nossa”, no sentido da expressão “Nós, o Povo”. A legitimidade da Constituição depende desta relação de reconhecimento”<sup>219</sup> dos valores nacionais circunscritos no compromisso constitucional.

Contudo, diferente da concepção do constitucionalismo popular, POST e SIEGEL definem um modelo de constitucionalismo democrático, em que o papel da participação popular na interpretação e aplicação da Constituição é incrementar ao controle de constitucionalidade. O constitucionalismo democrático, reafirma o papel do governo representativo, assim como de manifestações organizadas dos cidadãos, ao interpretar a Constituição, levando em conta também a interpretação judicial realizada por ministros e especialistas constitucionais<sup>220</sup>. Dessa forma entende-se que as decisões judiciais, baseadas no raciocínio jurídico, podem adquirir legitimidade democrática quando tem por base valores e ideais da moralidade política da sociedade.

Na mesma linha indica WALDRON, ao definir certas premissas para distinguir quando a objeção ao controle de constitucionalidade é devida e quando ela, mesmo sendo uma anomalia, pode ser considerada uma previsão adequada para solução de patologias no sistema democrático-constitucional<sup>221</sup>. De acordo com o autor o argumento contra o controle de constitucionalidade e revisão de leis é condicional à existência de: 1) instituições democráticas capazes de manter a democracia,

<sup>218</sup> Ibid. p. 186.

<sup>219</sup> POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Democratic Constitutionalism. In: BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva B. (Ed.). **The Constitution in 2020**. New York: Oxford University Press, 2009. p. 27. No original: “If courts were to impose the Constitution’s meaning in matters about which citizens care deeply, the American people would soon become alienated and estranged. We would no longer be able to recognize the Constitution as “ours”, as the expression of “We, the People.” The legitimacy of the Constitution depends on this relation of recognition.

<sup>220</sup> POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights-civil Liberties Law Review**, Cambridge, v. 42, n. 2, p.373-434, jun. 2007. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=990968>>. Acesso em: 12 set. 2016. p. 379.

<sup>221</sup> WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 115, p.1346-1406, 2006. p. 1359.

permitindo a estruturação e um Poder Legislativo representativo com sufrágio universal; 2) instituições judiciais, que devem assegurar o Estado de Direito e resolver conflitos e discussões individuais; 3) um compromisso dos membros da sociedade com os direitos humanos e garantias individuais, inclusive a de grupos minoritários; e 4) o reconhecimento de um desacordo sobre direitos humanos<sup>222</sup>.

Dessa forma, WALDRON compreende que as Cortes já estão previamente autorizadas a fazer um Controle de Constitucionalidade (Judicial Review) das ações de governo, com base no direito estatutário e constitucional, sem estarem inseridas no contexto político, porque seus membros não são eleitos democraticamente. Por isso, não há *accountability* da atuação das Cortes no Estado o que impossibilita que estas promulguem decisões terminativas e vinculantes aos ramos representativos do governo.

Ainda, os membros da sociedade devem estar fortemente comprometidos com direitos e garantias individuais e de minorias. Isto não implica em descreditar a regra da maioria, fundamental para a política democrática, mas apenas definir certos comprometimentos em prol de indivíduos, grupos sociais e minorias. O comprometimento de direitos também não necessita se vincular com uma teoria de direitos humanos específica, sendo suficiente a existência de um consenso universal acerca da existência dos direitos humanos e como historicamente eles foram concebidos, devendo a sua definição e extensão ser levada à cabo posteriormente, através dos desacordos morais que levam a discussões acerca de sua aplicação.

A evidência do comprometimento das sociedades com os Direitos Humanos está na adoção de uma declaração oficial destes direitos, sendo esta suficiente para estabelecer um reconhecimento amplo da sociedade da existência dos direitos humanos. Dessa forma, o controle de constitucionalidade não pode ser visto como um confronto entre pessoas que defendem direitos e outros que se opõe a eles, mas sim como um confronto acerca da interpretação destes no sistema político-constitucional.

A partir do constitucionalismo democrático, entende-se que os desacordos morais acerca dos direitos humanos continuam perenes na estruturação da sociedade, e ficam sempre evidentes no momento da aplicação destes direitos. Dessa forma WALDRON afirma que os desacordos não são apenas problemas interpretativos, mas sim questões que se mostram relevantes para a comunidade

---

<sup>222</sup> Ibid., p. 1360.

política naquele momento específico. Eles se apresentam em toda a sociedade, como escolhas necessárias que devem ser tomadas pelo corpo político.

No mesmo sentido indicam POST e SIEGEL, afirmando que a existência de conflitos sobre determinados significados constitucionais é fenômeno intrínseco ao constitucionalismo, sendo o fenômeno do *backlash* recorrente no desenvolvimento de uma cultura constitucional. Dessa forma, se mantém a sensibilidade democrática do sentido da Constituição, permitindo que sua interpretação seja marcada pelo pluralismo de agentes<sup>223</sup>.

Assim, o único modo de aplicar e definir o conteúdo dos direitos fundamentais é a partir da manifestação da vontade popular, mesmo que as Cortes possam atuar no cenário político constitucional para manterem híidas as premissas de um sistema constitucional democraticamente responsável. Isto pois, estando as premissas indicadas atendidas, a solução para os desacordos morais acerca dos direitos fundamentais deve ser alcançada na arena política do Poder Legislativo, não nas Cortes<sup>224</sup>.

A partir do constitucionalismo democrático, é possível compreender uma relação colaborativa entre o Poder Legislativo e o Judiciário no que tange à resolução de desacordos morais acerca de os direitos fundamentais. Isto pois, o modelo preza por um controle de constitucionalidade fraco, em que a jurisdição constitucional possui poderes limitados para restringir as decisões de instituições mais afetas à vontade do povo. Dessa forma, é possível compreender a estruturação de um diálogo entre Legislativo e Judiciário, ao interpretar e aplicar a Constituição, o que será analisado em seguida.

### 3.3. DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

A perspectiva de um diálogo institucional entre instituições e poderes do Estado permite o estabelecimento de um controle de constitucionalidade fraco, que preza pelas manifestações democráticas do povo, através de seus representantes eleitos. Dessa forma, TUSHNET indica que este modelo de constitucionalismo implica no estabelecimento de mecanismos para que a decisão judicial acerca da

---

<sup>223</sup> POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash..., p. 377-379.

<sup>224</sup> WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 115, p.1346-1406, 2006.

interpretação da Constituição não seja a última sobre o tema, podendo a controvérsia ser retomada pelo Legislativo<sup>225</sup>.

A abertura para o diálogo configura um modelo que busca: “a) a garantia de direitos; b) o balanceamento entre o majoritarismo e a questão democrática; c) construção de um processo deliberativo quanto ao conteúdo dos direitos compatível com a complexidade a eles inerentes nas questões difíceis; d) prevenção à prática judicial ativista”<sup>226</sup>. Dessa forma, revela-se um processo interativo entre política e Direito, em que se estabelece um reequilíbrio entre os poderes dando ênfase à abertura do espaço de deliberação pública entre os agentes constitucionais.

Assim, a perspectiva dos diálogos institucionais parte da premissa de que a Separação dos Poderes não implica, necessariamente, em uma disputa entre poderes adversários, podendo ser estabelecida uma relação entre os poderes de forma dialógica e cooperativa<sup>227</sup>. Dessa forma, podem os diálogos serem compreendidos a partir de uma teoria de construção coordenada, em que a interpretação da Constituição é tida como tarefa compartilhada entre os poderes<sup>228</sup>.

Essa perspectiva, contudo, se restringe em analisar estruturalmente a possibilidade do diálogo entre os poderes em um sistema de pesos e contrapesos, sem estabelecer de forma adequada um diálogo construtivo entre as instituições. Assim, promove-se somente uma disputa entre os poderes acerca da interpretação sobre a Constituição, não sendo a relação entre os poderes construtiva<sup>229</sup>.

Dessa forma, o diálogo interinstitucional também pode ser analisado a partir de uma teoria dos princípios jurídicos. Esta tem por base o entendimento de que juízes e Cortes possuem competência institucional para julgar e decidir com base em princípios<sup>230</sup>, enquanto que os outros poderes decidem e interpretam a Constituição com base em políticas. Isto, pois, as decisões judiciais se estabelecem em um sistema de precedentes, o que implica na criação do direito pelo Judiciário no que tange a

<sup>225</sup> TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 180-181.

<sup>226</sup> SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Diálogos Institucionais e Ativismo**. Curitiba: Juruá, 2012. p.43.

<sup>227</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 105.

<sup>228</sup> BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, n. 3, p.1109-1180, jan. 2006. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=852884>>. Acesso em: 22 set. 2016. p. 1136.

<sup>229</sup> Ibid., p. 1136-1143.

<sup>230</sup> Ibid., p. 1143-1144.

princípios, somente. Para tanto, é necessário a distinção da atuação da corte quando esta engaja sua atividade em argumentos de política e de princípios, considerando que os precedentes só são formados quando as decisões têm por base a análise de princípios jurídicos<sup>231</sup>. Este argumento leva em consideração a classificação das normas jurídicas feitas por DWORKIN, em regras, princípios e políticas.

DWORKIN define que políticas são um padrão de normas que definem um fim a ser alcançado, que normalmente é um melhoramento em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade<sup>232</sup>. Em contrapartida, princípios são normas jurídicas que devem ser observadas simplesmente por promoverem a justiça e equidade, ou ainda, alguma dimensão da moralidade, sem se vincular necessariamente a um ganho econômico, político ou social. Dessa forma, princípios e políticas devem ser utilizados através de uma análise do aplicador da norma no caso concreto, sendo sopesados os diversos princípios que incidem sobre a questão<sup>233</sup>. Por fim, as regras se distinguem das políticas e princípios porque adentram o ordenamento jurídico sob uma perspectiva de tudo-ou-nada estabelecendo padrões de conduta desvinculados de um objetivo específico ou de algum aspecto da moralidade<sup>234</sup>.

Dessa forma, decisões que implicam uma análise de políticas devem ser elaboradas no Poder Legislativo, uma vez que dependem de pesquisas aprofundadas acerca da melhoria, ou não, a ser alcançada, além de estabelecerem objetivos de longo prazo à comunidade. O Judiciário, contudo, não possui capacidade institucional para avaliar o efeito sistêmico de decisões que repercutem em políticas públicas, uma vez que está programado para lidar com casos individuais e específicos trazidos à corte<sup>235</sup>. Assim, a Corte usualmente lida com os argumentos e normas políticas a partir de uma perspectiva individual, que em larga escala, pode gerar grandes dificuldades orçamentárias e dificultar políticas públicas já instauradas e administradas pelo Estado, o que incorre em uma dificuldade na distribuição de reservas para efetivação de direitos<sup>236</sup>.

---

<sup>231</sup> DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977. p. 177.

<sup>232</sup> Ibid. p. 22

<sup>233</sup> Ibid. p. 26

<sup>234</sup> Ibid. p. 24.

<sup>235</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Constitucionalismo Democrático no Brasil: Crônica de um sucesso imprevisto. In: GUERRA, Roberta Freitas; SILVA, Fernando Laércio Alves da; NERO, Patrícia Aurélia del. (Org.). **Neoconstitucionalismo em Perspectiva**. Viçosa: Editora UFV, 2014. p. 44.

<sup>236</sup> TUSHNET, Mark. **Advanced Introduction to Comparative Law**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2014, p. 63-66.

No Reino Unido, a distinção entre normas políticas e princípios jurídicas já era considerado como pressuposto e limite à criação do direito pelo Judiciário, antes mesmo da promulgação do Human Rights Act e as alterações constitucionais dele advindas. Isto pois o *common law* já previa as limitações da criação do direito pelo Poder Judiciário, estabelecendo que o mesmo só ocorreria quando a Corte fizesse a análise de princípios em casos concretos. Este entendimento ficou claro no julgamento do caso *McLoughlin v. O'Brian*, em 1983, quando a *House of Lords* (à época, Corte de vértice do sistema britânico) revogou a decisão da Corte de Apelação e dessa forma estabeleceu a divisão da competência de se criar o direito.

O caso tratava de um pedido de indenização por danos psicológicos causados por estresse pós-traumático, que se desenvolveu após a requerente (*McLoughlin*) descobrir que seu marido e filhos tinham se envolvido em um acidente de trânsito. Em primeira instância o pedido foi indeferido, tendo a corte indicado que o réu não tinha dever de cuidado estendido à autora uma vez que ela não se encontrava no local do acidente, não havendo, portanto, previsibilidade do dano causado. A Corte de Apelações manteve a decisão, mas divergiu nos seus fundamentos, indicando que o dever de cuidado se estendia às vítimas que não estivessem diretamente vinculadas ao acidente, e que havia sim a previsibilidade do estresse pós-traumático pelos familiares próximos à vítima. A reparação seria indevida somente por questões de política, tendo a Corte considerado que o reconhecimento deste dever de reparação estabeleceria uma proliferação de pedidos similares, criando uma indústria de advogados e psiquiatras pedindo reparações por danos psicológicos.

Todavia, a *House of Lords* se pronunciou de forma contrária à Corte de Apelação porque entendeu que sua função seria a de analisar os fatos a partir dos princípios envolvidos ao caso, desconsiderando argumentos políticos e utilitaristas que se vinculavam a outras esferas da Administração. Dessa forma, determinou que a reparação era devida, ao passo que estabeleceu um princípio estruturante do *common law* inglês, qual seja, a concepção de que a sua função é o desenvolvimento e a formulação de princípios na aplicação do direito. Como indicou Lord SCARMAN:

Here lies the true role of the two law-making institutions in our constitution. By concentrating on principle the judges can keep the common law alive, flexible and consistent, and can keep the legal system clear of policy problems which neither they, nor the forensic process which it is their duty to operate, are equipped to resolve. If principle leads to results which are thought to be socially unacceptable,

Parliament can legislate to draw a line or map out a new path. The real risk to the common law is not its movement to cover new situations and new knowledge but lest it should stand still, halted by a conservative judicial approach. If that should happen, and since the 1966 Practice Direction of the House it has become less likely, there would be a danger of the law becoming irrelevant to the consideration, and inept in its treatment, of modern social problems. Justice would be defeated. The common law has, however, avoided this catastrophe by the flexibility given it by generations of judges. Flexibility carries with it, of course, certain risks, notably a degree of uncertainty in the law and the “floodgates” risk which so impressed the Court of Appeal in the present case<sup>237</sup>.

Assim, o direito criado pelas Cortes tem como princípio norteador o princípio da integridade, em que se concebe que o direito não possui lacunas normativas de atuação, devendo os juízes adaptarem, estenderem e até criarem princípios normativos para a solução dos casos trazidos à corte<sup>238</sup>. Dessa forma, a relação entre o Poder Legislativo e Judiciário na criação do direito também remonta a diferenciação entre princípios e políticas, devendo as considerações de política serem levadas à cabo pelo Parlamento e o Poder Executivo.

Destarte, o Judiciário declara a sua compreensão e interpretação da Constituição com base em princípios, podendo o Poder Legislativo discordar da opinião e exercer um controle político da decisão tomada. Este modelo tem como grande exemplo a Carta de Direitos e Liberdades do Canadá, promulgada em 1982. Como indica HOGG, o diálogo entre a Suprema Corte do Canadá e o Poder Legislativo se estabelece quando uma decisão judicial pode ser modificada ou ignorada pelo órgão legislativo, causando um debate público acerca dos valores da Carta de

<sup>237</sup> REINO UNIDO. Appellate Committee of The House Of Lords. ICLR. Apelante: McLoughlin. Apelado: O'Brian. Relator: Lord Wilberforce. **Appeal Cases Law Reports**. Londres. Disponível em: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1982/3.html>>. Acesso em: 12 set. 2015. Em trad. livre: “Aqui reside o verdadeiro papel das duas instituições criadoras de direito em nossa Constituição. Concentrando-se em princípios, os juízes podem manter o Common Law vivo, flexível e coerente, mantendo o sistema legal livre de problemas de política que nem eles, nem o processo forense que é seu dever operar, estão equipados para resolver. Se o princípio levar a resultados que se imaginem socialmente inaceitáveis, o Parlamento pode legislar para traçar uma linha ou traçar um novo caminho. O verdadeiro risco para o *common law* não é a sua mutação para regular novas situações e novos conhecimentos, mas sim a desconsideração dessas novas situações, permitida por uma abordagem judicial conservadora. Se isso acontecesse, o que desde a Practice Direction of the House of 1966 se tornou menos provável, haveria o perigo do direito se tornar irrelevante e inepto para o tratamento, dos problemas sociais modernos. A justiça seria derrotada. A *common law*, no entanto, evitou esta catástrofe pela flexibilidade dada por gerações de juízes. A flexibilidade comporta, evidentemente, certos riscos, nomeadamente um grau de incerteza no direito e o risco de “inundações” que tanto impressionou o Tribunal de Recurso no presente caso”.

<sup>238</sup> GEAREY, Adam; MORRISON, Wayne; JAGO, Robert. **The Politics of the Common Law: perspectives, rights, processes, institutions**. 2. ed. London: Routledge, 2013. p. 138.



Direitos<sup>239</sup>. Isto se dá pela previsão da seção 33 da Carta, conhecida como cláusula “não obstante” (Notwithstanding Clause)<sup>240</sup> que prevê a possibilidade do Poder Legislativo aprovar, por maioria qualificada, uma lei que, não obstante a Carta, contradizem com a declaração e seus direitos, assim como a pronúncia do Judiciário acerca de sua substância e extensão.

Trata-se de um controle político do Legislativo sobre as decisões principiológicas tomadas pelo Judiciário, o que contribui para o exercício da competência legislativa de elaboração de políticas públicas<sup>241</sup>. Dessa forma, os poderes políticos conseguem exercer suas competências e concretizar os valores e promessas constitucionais observando os julgamentos e decisões do Poder Judiciário com base em princípios, havendo um diálogo entre a articulação das políticas com as questões de princípio decididas pelas Cortes.

Essa perspectiva, contudo, parte da premissa de que o Judiciário é superior à política democrática e ao Poder Legislativo. Isto, pois, ao Judiciário cabe a definição do conteúdo da Constituição, tendo os poderes políticos apenas uma atitude reativa às decisões e não propriamente construtiva do sentido da Constituição<sup>242</sup>. A promoção de um diálogo institucional que promova direitos deve partir de uma teoria que não determine um poder como superior ao outro para a interpretação e aplicação da

<sup>239</sup> HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A.. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All). **Osgoode Hall Law Journal**, Toronto, v. 35, n. 1, p.75-124, mar. 1997. Disponível em: <<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol35/iss1/2>>. Acesso em: 7 out. 2016. p. 82.

<sup>240</sup> Dispõe a seção 33 da Carta de Direitos e Liberdades do Canadá: “Exception where express declaration 33. (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter. Operation of exception (2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration. Five years limitation (3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration. Reenactment (4) Parliament or a legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1). Five year limitation (5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4)”.

<sup>241</sup> BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. In: **Brooklyn Law Review**. v. 71. New York: Brooklyn Law Review, 2006. p. 1151.

<sup>242</sup> SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lirio do. **Diálogos Institucionais e Ativismo**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 97.

Constituição, sendo reconhecidas somente capacidades institucionais diferenciadas<sup>243</sup>.

Neste sentido, BATEUP define que é necessário compreender o diálogo institucional como a tarefa compartilhada dos poderes na interpretação e aplicação da Constituição, promovendo um debate público robusto, que inclui diferentes órgãos, instituições e o povo na determinação e solução dos desacordos morais inerentes aos direitos e compromissos constitucionais<sup>244</sup>. Dessa forma, permite-se a conciliação das capacidades institucionais do Legislativo para criação de leis gerais e políticas públicas, com a função do Poder Judiciário, em decidir pela aplicação de princípios, sem a definição de uma ordem de preferência entre estes poderes.

A efetivação desta perspectiva de diálogos institucionais depende de propostas normativas que estabeleçam as formas e meios adequados para que a relação entre Poder Legislativo e Judiciário seja construtiva, e não somente combativa. Dessa forma, deve-se conjugar um desenho institucional e uma cultura política com incentivos normativos que permitam o dialogismo entre as instituições do Estado<sup>245</sup>.

Para o constitucionalismo brasileiro, isto não implica uma importação do modelo de controle de constitucionalidade fraco previsto no Human Rights Act, no Reino Unido, ou da Carta de Direitos e Liberdades do Canadá, mas importa ao reconhecimento de uma necessária retomada da política democrática na aplicação e interpretação do sentido da Constituição. Isto pois, a concepção de diálogos institucionais evidencia a possibilidade do estabelecimento de uma interpretação constitucional que não se afasta do caráter político da Constituição, permitindo a solução dos desacordos morais da sociedade prezando pelo protagonismo do povo, reafirmando os princípios republicano e democrático.

O conceito também se vincula com o que Conrado Hübner MENDES define como “rodada procedimental” e “última palavra provisória”<sup>246</sup>, considerando que os procedimentos legislativos e judiciais estabelecidos buscam a realização dos projetos coletivos e a solução de conflitos sociais por meio de uma decisão que se pretende

---

<sup>243</sup> BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. In: **Brooklyn Law Review**. v. 71. New York: Brooklyn Law Review, 2006. p. 1158-1165.

<sup>244</sup> Ibid., p. 1170-1171.

<sup>245</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 161-162.

<sup>246</sup> Ibid. p. 169.

final, porém, analisada historicamente é sempre provisória. Nas palavras do autor: “A última palavra sobre direitos, portanto, é apenas parte da história, não toda ela”<sup>247</sup>. Isto, porque uma lei aprovada pelo processo legislativo pode ser alterada por uma decisão judicial, e esta pode subsequentemente ser alterada por uma alteração legislativa ou até por uma mudança na interpretação e aplicação da Constituição.

Dessa forma, a teoria dos diálogos permite conciliar o caráter vivo da política democrática, com a provisoriedade das decisões judiciais<sup>248</sup>, ao passo que se mantém a integridade e segurança jurídica. O significado da Constituição, portanto, é construído e reconstruído continuamente, mas não só pela atuação do Poder Judiciário como prevê a teoria do constitucionalismo vivo norte-americano, mas sim pelas relações entre os diversos atores que interpretam a Constituição, considerando as mudanças sociais através de um sistema jurídico flexível que se mantém coerente pela consideração argumentativa dos princípios normativos<sup>249</sup>.

Portanto, consagra-se o caráter político e jurídico da Constituição, sendo ambos importantes e necessários para a efetivação dos compromissos e valores constitucionais nela inscritos. Dessa forma, a ambição do constitucionalismo democrático, na busca de um modelo de constitucionalismo que preza pela pluralidade de agentes interpretativos da Constituição sem destituir o papel interpretativo da corte, é alcançado através de um diálogo que permite a deliberação política dos temas moralmente controversos na Constituição.

---

<sup>247</sup> Ibid., p. 183.

<sup>248</sup> Ibid. p. 171.

<sup>249</sup> GEAREY, Adam; MORRISON, Wayne; JAGO, Robert. **The Politics of the Common Law: perspectives, rights, processes, institutions**. 2. ed. London: Routledge, 2013. p. 139.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A perspectiva de um constitucionalismo vivo não requer, necessariamente, a supremacia judicial na interpretação da Constituição, como defende os doutrinadores que se vinculam ao ideal do constitucionalismo de *common law*<sup>250</sup>. A relação entre Legislativo e Judiciário, na criação e definição de direitos permite a estruturação de uma Constituição viva e flexível, que permite a consagração do Estado de Direito e da segurança jurídica.

O constitucionalismo britânico preza por um controle material da Constituição, que tem por base os princípios e direitos fundamentais da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Dessa forma, à medida que o *common law* desenvolve o direito britânico a partir da análise dos princípios, o Parlamento relaciona estes princípios com as políticas públicas e a sua própria interpretação da Constituição.

Como analisado, no Reino Unido isso se dá pela natureza política-jurídica da Constituição, em que a centralidade do Parlamento e da determinação política de diversos aspectos do direito britânico não condiciona a independência do Poder Judiciário para defender direitos liberais positivados, ou não, no direito estatutário. Dessa forma, o Poder Judiciário e Legislativo se relacionam de forma construtiva na definição e criação do direito, cabendo ao primeiro dar sentido e substância a princípios jurídicos, enquanto que ao segundo cabe a parametrização destes princípios com as políticas públicas e outras formas de atuação estatal<sup>251</sup>.

Assim, como indica GRIFFITH, a Constituição política do Reino Unido possui um aspecto dinâmico, que lhe permite a mudança e adaptação a novas realidades e interpretações constitucionais, através do reconhecimento de que a Constituição é moldada pelas relações entre as principais instituições do Estado, sendo sempre mutáveis<sup>252</sup>.

Essa perspectiva se relaciona com a teoria do constitucionalismo democrático, que reafirma o papel do governo representativo e da política democrática na resolução de desacordos morais inerentes aos direitos fundamentais e princípios

<sup>250</sup> DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977., STRAUSS, David A. **The Living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010, WALUCHOW, Will J. **A Common law Theory of Judicial Review: The Living Tree**. New York: Cambridge University Press, 2007.

<sup>251</sup> Lord Scarman.

<sup>252</sup> GRIFFITH, J.A.G. The Common law and the Political Constitution. **Law Quarterly Review**, London, n. 117, jan. 2001. p. 42.

inscritos na Constituição sem, contudo, negar a necessidade da interpretação constitucional realizada nas Cortes. Assim, o constitucionalismo democrático prevê que as decisões judiciais devem adquirir maior legitimidade democrática através de uma correlação entre a sua interpretação e a moralidade política da sociedade<sup>253</sup>.

Dessa forma, não são todas as premissas da teoria do constitucionalismo vivo estadunidense que são abandonadas. DWORKIN afirma que os valores da moralidade política presentes no corpo social delimitam e definem os princípios gerais e normas constitucionais abertas<sup>254</sup>. O que se contesta pela perspectiva democrática é a impossibilidade de outras instituições, que não o Judiciário, interpretarem estes conceitos e definições. Assim, mesmo que a Constituição exceda o texto normativo positivado, a partir de princípios não escritos e de uma Constituição invisível<sup>255</sup>, não se deve desconsiderar o aspecto político inerente às suas definições de sentido. Assim, a objeção a uma interpretação originalista deve partir do caráter político da Constituição, considerando também o pronunciamento das Cortes em questões moralmente disputadas e em casos difíceis.

Isto se dá pelo reconhecimento da necessidade de um diálogo interinstitucional entre o Poder Legislativo, Judiciário e Executivo. Dessa forma, a interpretação constitucional realizada no âmbito das Cortes não determinará a última palavra sobre o tema, podendo a discussão ser retomada pelo Legislativo, ou futuramente por uma nova composição da corte<sup>256</sup>. Assim, garante-se a tutela de direitos fundamentais, contrabalanceando as decisões da maioria e a legitimidade democrática da atuação do Judiciário, permitindo uma interação dinâmica entre política e direito a partir da deliberação pública de diversos atores constitucionais.

A teoria dos diálogos, portanto, parte da premissa de que a separação dos poderes não implica em uma disputa de poderes, podendo ser estabelecida uma relação cooperativa e construtiva de direitos que melhor atende à política democrática e aos objetivos do constitucionalismo, quais sejam, a promoção da igualdade, do estado de direito e da segurança jurídica.

---

<sup>253</sup> POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights-civil Liberties Law Review**, Cambridge, v. 42, n. 2, p.373-434, jun. 2007. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=990968>>. Acesso em: 12 set. 2016. p. 379.

<sup>254</sup> DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 125-130.

<sup>255</sup> TRIBE, Lawrence H. **The Invisible Constitution**. New York: Oxford University Press, 2008. p. 146.

<sup>256</sup>

No Brasil, o paradigma instaurado pela Constituição de 1988 influenciou o crescimento do Poder Judiciário na sistemática de pesos e contrapesos dos poderes do Estado, ao inaugurar uma ordem política e normativa em que a norma constitucional se estabeleceu como um compromisso fundamental da comunidade. Dessa forma, a perspectiva meramente normativa da Constituição repercutiu no esvaziamento do caráter político da Constituição, excluindo a política democrática da interpretação constitucional<sup>257</sup>. Isto impede a concretização dos princípios e objetivos inscritos na Constituição, que dependem necessariamente de um ambiente democrático para se definirem.

No mesmo sentido indica BELLAMY, ao defender a natureza política da Constituição britânica. Para o autor, a indeterminação dos direitos impede uma completa convergência de interesses e entendimentos sobre eles, o que reflete a sua natureza política<sup>258</sup>, sendo as tentativas de despolitização da Constituição formas de dominação<sup>259</sup>.

A jurisdição constitucional brasileira acumulou novas funções após a mudança do paradigma constitucional, fruto da Constituição de 1988. As Cortes passaram a ter novas funções, sendo o precedente apenas o resultado de uma nova forma de adjudicação constitucional<sup>260</sup>. Dessa forma, o STF passou a atuar enquanto corte suprema, cuja função é a busca da unidade e integridade do direito, por meio de precedentes, assim como pela criação do direito. Dessa forma, observa-se uma correlação entre os poderes do Estado brasileiro, uma vez que se reconhece que ambos o Legislativo e o Judiciário possuem capacidades criativas e definidoras de direito<sup>261</sup>, o que enseja a sua necessária correlação na definição da ordem jurídica.

Destarte, o STF passa a exercer funções outras que a de simples guarda da Constituição e força de veto (poder contra majoritário), uma vez que desenvolve atividades deliberativas que o inserem em um contexto político-democrático maior que a sua atuação. Dessa forma, o precedente, se coloca como o resultado de uma

---

<sup>257</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012. p. 138-139.

<sup>258</sup> BELLAMY, Richard. **Political Constitutionalism**: A Republican Defense of the Constitutionality of Democracy. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 148.

<sup>259</sup> BELLAMY, Richard. **Political Constitutionalism**: A Republican Defense of the Constitutionality of Democracy. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 145-175.

<sup>260</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente. São Paulo. Revista dos Tribunais: 2013.

<sup>261</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente. São Paulo. Revista dos Tribunais: 2013, p. 62.

deliberação interna dos magistrados do Supremo Tribunal Federal, e tem por função reduzir as inconsistências na interpretação e aplicação da Constituição e seus princípios, garantindo maior segurança jurídica por meio da consideração da previsibilidade das decisões das Cortes. Este precedente, contudo, não dá a última palavra acerca da interpretação moral da Constituição, sendo apenas a pronúncia do STF em um diálogo que deve envolver, necessariamente, o Poder Legislativo (responsabilizado pela legislação interpretada) e o Executivo.

Contudo, observa-se no Brasil que a justificação e racionalidade dos precedentes impede a consideração do pronunciamento da corte enquanto um interlocutor institucional de racionalidades e interpretações do texto constitucional, dificultando o estabelecimento de um diálogo que leve o leve em consideração. Isto, pois a forma como se dá a deliberação interna do STF impossibilita a cognição de precedentes e sua *ratio decidendi*<sup>262</sup>. Como analisado, o princípio de direito inerente ao caso analisado, que garantirá a força gravitacional do precedente, é pouco justificado pela maneira agregativa que é alcançada a decisão coletiva no STF.

Como indica SILVA, a forma de decisão em Cortes colegiadas pode se assentar na deliberação, na agregação ou na barganha entre os juízes<sup>263</sup>. A busca pelo consenso, inerente a uma corte colegiada que entrega a decisão da corte, ao invés das opiniões e decisões de seus membros, não implica na impossibilidade de votos dissidentes serem publicados, contanto que eles apresentem diferentes argumentações acerca do mesmo princípio jurídico que embasou a decisão institucional da maioria.

Dessa forma, outros atores institucionais podem analisar a integridade dos argumentos e da posição da Corte quanto à interpretação da Constituição, considerando as repercussões sociais da decisão judicial. Ao passo que o STF promulga decisões com fundamentações com pouca racionalidade, e sem deliberação, o Poder Legislativo não engaja em uma análise dos argumentos da corte para revogar a decisão judicial, apenas desconsiderando-a.

Destarte, conclui-se que o precedente constitucional brasileiro, ao invés de promover a segurança jurídica e a integridade do direito, dando a suposta última

<sup>262</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como Decidem As Cortes?**: Para uma crítica do direito (brasileiro). São Paulo: Editora FGV, 2013., p. 51

<sup>263</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding Without Deliberating. **International Journal Of Constitutional Law**, [s.l.], v. 11, n. 3, p. 557-584, 1 jul. 2013. Oxford University Press (OUP). Disponível em: < <http://icon.oxfordjournals.org/content/11/3/557>>. Acesso em: 23 fev. 2016.

palavra acerca da extensão e substância de direitos fundamentais apenas incita uma reação política contrária à sua interpretação e pouco construtiva para a solução dos desacordos morais inerentes aos direitos constitucionalmente positivados. Isto pois, ambos os poderes partem de premissas diametralmente opostas, sendo o precedente constitucional constituído por uma pluralidade de justificações e argumentos de autoridade que tornam quase impossível a definição da sua racionalidade, impedindo o diálogo.

Portanto, a premissa de um constitucionalismo vivo, a partir de um diálogo institucional no Brasil, deve partir, primeiro, da consideração das novas funções do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo que as decisões judiciais, ao tratarem de direitos fundamentais e de previsões genéricas e principiológicas da Constituição se inserem um cenário constitucional que excede às Cortes, uma vez que se remete também a valores constitucionais intrinsecamente políticos.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12 ed. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALDISERT, R. J. Precedent: What It is and What It Isn't; When Do We Kiss It and When Do We Kill It? **Pepp. Law Review**, Março 1990.

ALLAN, T. R. S. **Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

\_\_\_\_\_. Constitutional Justice and the Concept of Law. In: HUSCROFT, G. **Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory**. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 219-244.

\_\_\_\_\_. In Defence of the Common Law Constitution: Unwritten Rights as Fundamental Law. **LSE Legal Studies Working Paper**, n. 5, 5 Janeiro 2009. 1-19.

\_\_\_\_\_. **The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution and Common Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

BALKIN, J.M.; SIEGEL, Reva B. **The Constitution in 2020**. New York: Oxford University Press, 2009.

\_\_\_\_\_. **Living Originalism**. Cambridge: The Belknap Press, 2011.

BARBOZA, Estefânia Maria De Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: Fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. Curitiba: Saraiva, 2014.

BARNETT, H. **Constitutional and Administrative Law**. 3 ed. ed. London: Routledge, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_. O Constitucionalismo Democrático no Brasil: Crônica de um sucesso imprevisto. In: GUERRA, R. F.; SILVA, F. L. A. D.; NERO, P. A. D. **Neoconstitucionalismo em Perspectiva**. Viçosa: Editora UFV, 2014.

\_\_\_\_\_. A Razão Sem Voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, 5, n. 2, 6 junho 2015. 24-50.

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, 71, n. 3, janeiro 2006. 1109-1180.

BELLAMY, Richard. **Political Constitutionalism: A Republican defense of the constitutionality of democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

BERCOVICI, G. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: OAB Editora, 2008.

BRADLEY, A. W.; EWING, K. D. **Constitutional and Administrative Law**. 14ª Edição. ed. Harlow: Pearson Longman, 2007.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012.

BUSTAMANTE, Thomas. Súmulas, praticidade e justiça: Um olhar crítico sobre o direito sumular e a individualização do direito à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi. In: COELHO, S. C. N. **Estudos em Homenagem a Misabel de Abreu Machado Derzi**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e a Vinculação do Legislador**. 2ed. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHUEIRI, Vera Karam de. O Discurso do Constitucionalismo: governo das leis versus governo do povo. In: FONSECA, R. M. **Direito e Discurso**. Florianópolis: Boiteux, 2006.

\_\_\_\_\_; SAMPAIO, J. M. Coerência, Integridade Decisões Judiciais. **Nomos, Revista do programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, p. 177-197, jan. 2012.

\_\_\_\_\_. Constituição Radical: Uma ideia e uma prática. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, 58, n. 8, 20 dezembro 2013. 25-36.

CLÈVE, C. M. **Para uma Dogmática Constitucional Emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CROSS, R.; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. New York: Oxford University Press, 2004.

DICEY, Albert Venn. **An Introduction to the Study of the Law of the Constitution**. London: Macmillan, 1996.

DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. New York: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

\_\_\_\_\_. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

\_\_\_\_\_. **A Bill of Rights for Britain**. London: Chatto & Windus, 1990.

FIORAVANTI, Maurizio. Stato e Costituzione. In: FIORAVANTI, Maurizio. **Lo Stato Moderno in Europa: istituzioni e diritto**. Roma: Laterza, 2002.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A Jurisprudência e o Sistema das Fontes no Brasil: Uma visão histórico-jurídica. **Revista Nova Sequência**, Florianópolis, 30, n. 58, julho 2009. 23-34.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação**. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

GAMBLE, Andrew. The Constitutional Revolution in the United Kingdom. **Publius: The Journal of Federalism**, 36, n. 1, 1 janeiro 2006. 19-35.

GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. **American Journal of Comparative Law**, 49, jan. 2001. 707-760.

GEAREY, Adam; MORRISON, Wayne; JAGO, Robert. **The Politics of the Common Law: Perspectives, Rights, Processes, Institutions**. 2 ed. ed. London: Routledge, 2013.

GODOY, Miguel Gualano. **Constitucionalismo e Democracia: Uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOLDSWORTHY, Jeffrey. **The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy**. New York: Oxford University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. **Parliamentary Sovereignty: Contemporary Debates**. New York: Cambridge University Press, 2010.

GOODHART, Arthur L. Determining the Ratio Decidendi of a Case. **The Yale Law Journal**, 40, n. 2, dezembro 1930. 161-183.

GRIFFITH, J. A. G. The Political Constitution. **The Modern Law Review**, Oxford, 42, n. 1, janeiro 1979. p. 1-21.

\_\_\_\_\_. The Common Law and the Political Constitution. **Law Quarterly Review**, London, 117, janeiro 2001. p. 42-67.

GROTE, Rainer. Rule of law, Rechtsstaat, and État de Droit: The Origins of the Different National Traditions and the Prospects for their Convergence in the Light of Recent Constitutional Developments. In: STARCK, C. **Constitutionalism, Universalism and Democracy: A Comparative Analysis**. 1. ed. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999.

HAJE, Lara; ARAÚJO, Newton. Câmara aprova Estatuto da Família formada a partir da união de homem e mulher. **Câmara Notícias**, Brasília, 8 outubro 2015.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**. Campinas: Russell Editores, 2005.

HAREL, A.; SHINAR, A. Between Judicial and Legislative Supremacy: A cautious defence of constrained judicial review. **International Journal of Constitutional Law**, 10, n. 4, 1 outubro 2012. 950-975.

HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy**: The origins and consequences of the New Constitutionalism. Massachusetts: Harvard University Press, 2004.

\_\_\_\_\_. **Comparative Matters**: The renaissance of Comparative Constitutional Law. Oxford: Oxford University Press, 2014.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: Ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOGG, Peter. W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All). **Osgoode Hall Law Journal**, Toronto, março 1997. 75-124.

HUSCROFT, Grant. **Expounding the Constitution**: Essays in Constitutional Theory. New York: Cambridge University Press, 2008.

KLARMAN, Michael. J. **From the Closet to the Altar**: Courts, Backlash, and the Struggle for Same Sex Marriage. New York: Oxford University Press, 2014.

KOZICKI, Katya. Democracia deliberativa: a recuperação do componente moral na esfera pública. **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, v. 41, p. 43-57, 2005

KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia M. de Queiroz. Jurisdição Constitucional: Entre Constitucionalismo e Democracia. **Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 29, n. 56, p.151-176, jun. 2008. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2008v29n56p151>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, 12, janeiro 2002.

LEFORT, Claude. **Pensando o Político**: Ensaio sobre democracia, revolução e liberdade. Tradução de Eliana Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

\_\_\_\_\_. **A Invenção Democrática**: Os limites da dominação totalitária. 3ª ed. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2011.

LOUGHLIN, Martin. **Public Law and Political Theory**. New York: Oxford University Press, 1992.

\_\_\_\_\_. **The British Constitution: A very short introduction**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo?: A questão fundamental da democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MACCORMICK, Neil. The Significance of Precedent. **Acta Juridica**, 1, n. 1, dezembro 1998. 174-187.

\_\_\_\_\_. **Rhetoric and The Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MAGALHÃES, Breno. B. Efeito Vinculante: O que ele não é. **Revista Jurídica da Presidência**, 104, n. 14, Out. 2012.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais, Separação dos Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Deliberative Performance of Constitutional Courts. In: **II Colóquio Internacional De Teoria Política**. Work-In-Progress. São Paulo: USP, 2012.

MICHELMAN, Frank I. Brennan and Democracy: The 1996-97 Brennan Center Symposium Lecture. **California Law Review**, Berkeley, 86, n. 3, Maio 1998. 399-427.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NEGRI, Antonio. **O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NORONHA, Jardel; MARTINS, Ordaléa. **Referências das Súmulas do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Senado Federal, 1968.

O'CONNOR, C. The Human Rights Act and the Slow Transformation of the UK's 'Political Constitution'. **Institute for Human Rights Working Paper Series**, London, 1, junho 2012. 1-18.

OLIVER, Dawn; FUSARO, Carlo. **How Constitutions Change: A Comparative Study**. Oxford: Hart Publishing, 2011.

POCOCK, J. G. A. **The Ancient Constitution and the Feudal Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 1987.

POST, Robert. C.; SIEGEL, Reva. B. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review**, Cambridge, 42, n. 2, junho 2007. 373-434.

\_\_\_\_\_. Democratic Constitutionalism. In: BALKIN, J.; SIEGEL, R. B. **The Constitution in 2020**. New York: Oxford University Press, 2009. p. 25-34.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes?:** Para uma crítica do direito (brasileiro). São Paulo: Editora FGV, 2013.

ROSENFELD, Michel. The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy. **Southern California Law Review**, Los Angeles, 74, 13 Março 2001. 1306-1351.

SARMENTO, Daniel; PEREIRA NETO, Cláudio dos Santos. Controle de Constitucionalidade e Democracia: Algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, D. **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 73-114.

SARMENTO, Daniel. **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SCHAUER, Frederick. **Playing By The Rules:** A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life. New York: Oxford University Press, 1991.

\_\_\_\_\_. **Thinking Like a Lawyer:** A New Introduction to Legal Reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SIEYÉS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa:** que é o Terceiro Estado? Tradução de Norma Azeredo. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SILTALA, R. **A Theory of Precedent:** From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law. Oxford: Hart Publishing, 2000.

SILVA, C. D. A. et al. **Diálogos Institucionais e Ativismo**. Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding Without Deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, 11, n. 3, 1 julho 2013. 557-584.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional:** Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

STRAUSS, David A. **The Living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010.

STREET, Amy. **Judicial Review and the Rule of Law:** Who Is in Control? London: The Constitution Society, 2013.

SUNSTEIN, Cass R. Backlash's Travels. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, Cambridge, 42, n. 2, 2007. 435-449.

TOMKINS, Adam. **Our Republican Constitution**. Oxford: Hart Publishing, 2005.

TRIBE, Lawrence H. **The Invisible Constitution**. New York: Oxford University Press, 2008.

TURNER, Ralph V. **Magna Carta - Through the Ages**. Edinburgh: Peason Education Limited, 2003. 256 p.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. **Weak Courts, Strong Rights**. Princeton: Princeton University Press, 2008.

\_\_\_\_\_. **Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2014.

VICK, Douglas W. The Human Rights Act and the British Constitution. **Texas International Law Journal**, Austin, 37, n. 2, 1 março 2002. 329-372.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito FGV**, São Paulo, 2008. 441-464.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 115, n. 1, p. 1346-1406, mar. 2006.

WALUCHOW, Will. J. Constitutional Morality and Bills of Rights. In: HUSCROFT, G. **Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory**. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 65-92.

\_\_\_\_\_. **A Common Law Theory of Judicial Review: The living tree**. New York: Cambridge University Press, 2007. ISBN 978-0-511-27405-3.

WAMBAUGH, Eugene. **The Study of Cases**. Boston: Little, Brown & Co., 1892.